

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA COMPRA PÚBLICA DE
MEDICAMENTOS**

**Tesis para optar al Título de Abogado que presenta el Bachiller:
MARTIN SEBASTIÁN COSSÍO CASTAÑEDA**

**ASESORA
ANA TERESA REVILLA VERGARA**

LIMA – PERÚ

2020

Dedicatoria

A todos los funcionarios y servidores públicos
que buscan un Estado moderno.



Resumen

Quienes ejercen el servicio público tienen el deber de velar por la integridad de sus decisiones y por garantizar la defensa del interés general. Este principio natural de toda actividad pública, se hace mucho más presente para aquellos sectores de alto riesgo, como salud, específicamente, para aquellos actores relacionados con la compra pública de medicamentos.

¿Qué herramientas tienen los funcionarios públicos para cumplir su función libre de un conflicto de intereses? ¿cómo lo identifican? ¿a quién pueden acudir en caso tengan una duda de carácter ético o moral? ¿qué hace el Estado por prevenir situaciones de conflicto de intereses en la compra pública de medicamentos? ¿la regulación vigente es suficiente? Son solo algunas de las interrogantes que se presentan.

Con el propósito de contribuir a dilucidar una alternativa de solución, esta tesis propone una reestructuración de la infraestructura institucional a cargo de la ética e integridad pública. Esto a partir de la aplicación de una serie de buenas prácticas de prevención y gestión adecuada de los conflictos de intereses al interior de las entidades vinculadas a la compra, enfocadas en el funcionario o servidor público.

Arribo a esta conclusión, después de haber revisado los aspectos teóricos de diversos autores, la experiencia en otros países, así como del análisis práctico de una encuesta realizada a los funcionarios y servidores públicos del Perú vinculados a la compra pública de medicamentos. La propuesta permitirá una efectiva mitigación de riesgos de corrupción, así como una herramienta de medición periódica de quienes toman decisiones en el sector materia de la investigación.

Palabras clave: compra pública; ética; *compliance*; funcionarios; integridad; prevención.

ÍNDICE

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Resumen | iii |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| CAPÍTULO I | 4 |
| EL PROBLEMA DE LOS CONFLICTOS DE INTERESES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, SU IMPACTO EN EL PROCESO DE COMPRA PÚBLICA DE MEDICAMENTOS Y EL PORQUÉ DE LOS FUNCIONARIOS | 4 |
| 1.1 El problema de los conflictos de intereses en la compra pública de medicamentos | 5 |
| 1.2 Definición de conflicto de interés en la administración pública | 5 |
| 1.3 El conflicto de interés en el sector de compra pública | 12 |
| 1.4 Adquisición de medicamentos en el sector público: un sistema complejo..... | 18 |
| 1.4.1 Derecho a la salud y adquisición de medicamentos | 18 |
| 1.4.2 Sistema de salud nacional..... | 20 |
| 1.4.3 Deficiencias del sistema: riesgos de corrupción en la compra de medicamentos | 23 |
| 1.4.4 Partes interesadas: conflicto de interés en la adquisición de medicamentos | 26 |
| 1.5 Gestión deficiente del conflicto de intereses | 29 |
| 1.6 La teoría del triángulo del fraude y la psicología moral..... | 31 |
| CAPÍTULO II..... | 36 |
| LINEAMIENTOS INTERNACIONALES, LA EXPERIENCIA EN OTROS PAÍSES Y EL COMPARATIVO CON EL SECTOR PRIVADO. ¿UNA ALTERNATIVA DE SOLUCIÓN? | 36 |
| 2.1 Lineamientos internacionales | 37 |
| 2.1.1 La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos | 38 |
| 2.1.2 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción | 40 |
| 2.1.3 Análisis comparativo entre la Convención Interamericana y la Convención de Naciones Unidas en la lucha contra la Corrupción..... | 42 |
| 2.1.4 La Convención y la gestión de los conflictos de interés en el servicio público según la OCDE | 48 |
| 2.2 Derecho comparado: la experiencia en otros países | 50 |
| 2.2.1 La experiencia europea: La Unión Europea, Polonia y la nueva regulación de contratación española | 51 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.2.2 La experiencia canadiense | 60 |
| 2.2.3 ¿Qué ocurre en la región? Plan Colombia | 64 |
| 2.3 El rol del sector privado: empresas farmacéuticas | 71 |
| CAPÍTULO III | 78 |
| EN DÓNDE ESTAMOS Y HACIA DÓNDE DEBEMOS IR | 78 |
| 3.1 ¿Es viable la aplicación de un modelo de prevención de conflicto de intereses en base a la regulación actual? | 79 |
| 3.2.1 Regulación en materia de gestión de intereses en la administración pública..... | 80 |
| 3.1.2 El código de ética del funcionario público | 85 |
| 3.1.3 Régimen de incompatibilidades de la función pública..... | 98 |
| 3.1.4 El conflicto de intereses en la regulación de la contratación pública: sector salud | 101 |
| 3.2 Un diagnóstico de los actores de la compra pública de medicamentos..... | 103 |
| 3.3 La alternativa de un modelo integrado de prevención de conflicto de intereses | 110 |
| 3.3.1 Primera línea de defensa: la oficina de Recursos Humanos | 111 |
| 3.3.2 La coordinación nacional: Secretaría de Integridad de la Presidencia del Consejo de Ministros | 114 |
| 3.3.3 Control de integridad de la Contraloría en materia de conflicto de intereses... | 119 |
| CONCLUSIONES..... | 123 |
| BIBLIOGRAFÍA | 126 |

LISTA DE FIGURAS

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Figura 1. Proceso de subasta inversa electrónica | 16 |
| Figura 2. Presupuesto del sector salud y proporción destinada a la compra de medicamentos | 24 |
| Figura 3. Presupuesto de Essalud y proporción destinada a la compra de medicamentos .. | 25 |
| Figura 4. Agentes involucrados en el sector salud. | 28 |
| Figura 5. Artículos de prevención en temas de ética e integridad para Estados Parte | 39 |
| Figura 6. Artículos de prevención en temas de ética e integridad para los Estados Parte... | 42 |
| Figura 7. Supuestos que se consideran conflictos de intereses..... | 59 |
| Figura 8. Clasificación de los riesgos según su clase y fuente | 66 |
| Figura 9. Criterios de probabilidad..... | 67 |
| Figura 10. Acciones que no son consideradas actos de gestión | 82 |
| Figura 11. Gradualidad de sanción. | 85 |
| Figura 12. Clasificación de países y sus respectivos principios | 90 |
| Figura 13. Principios y deberes de la función pública..... | 94 |
| Figura 14. Tipos de infracciones, sanciones y los criterios para resolverlas..... | 96 |
| Figura 15. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 104 |
| Figura 16. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 105 |
| Figura 17. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 106 |
| Figura 18. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 106 |
| Figura 19. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 107 |
| Figura 20. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 108 |
| Figura 21. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 108 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Figura 22. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 109 |
| Figura 23. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019 | 109 |
| Figura 24. Funciones de la Secretaria de Integridad de la PCM | 118 |



INTRODUCCIÓN

Delia Ferreira, presidenta de Transparencia Internacional, afirma que “los conflictos de intereses son la antesala de la corrupción” (*La Nación*, 2017). Además, señala que la línea gris entre lo privado y lo público es un problema siempre que los funcionarios no interioricen la importancia de declarar el conflicto y que el Estado no cuente con una primera línea de defensa en su gestión. Toda vez que las consecuencias de no hacerlo pueden ser nefastas para la legitimidad de las decisiones que estos adoptan.

Lo anterior toma mayor relevancia cuando se está frente a sectores de la administración pública con un alto riesgo de corrupción, como, por ejemplo, la compra pública de medicamentos, que provisiona un presupuesto de 192 millones de soles al año (Portal de Transparencia económica, 2019). Si bien se han implementado diversos decretos que flexibilizan los procesos de solicitud de compra, así como, las bases de procesos de selección y las modalidades, la inclusión de programas específicos por sector en materia de conflicto de intereses continúa siendo un tema pendiente para un complejo organigrama de las redes de salud y para las partes involucradas en el flujo de compra.

En el Perú, la gestión pública de compra corporativa de medicamentos, por ejemplo, se encuentra centralizada por el Ministerio de Salud y delegada a un ente interno, el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (Cenares). Este último, tiene la responsabilidad de coordinar con todas las instituciones públicas de salud a nivel nacional, asegurando la efectividad de las adquisiciones según la entidad requirente (Minsa, 2016). Sin embargo, ¿Quiénes son los funcionarios que realizan la solicitud? ¿Quién audita la solicitud? ¿Acaso el Cenares es la única entidad a cargo de este proceso? ¿Quiénes son los proveedores de la compra? Los médicos, los auditores médicos, el personal administrativo y las empresas farmacéuticas son algunas de las partes involucradas en este complejo procedimiento de gestión, las cuales presentan conflictos de intereses no registrados, ya sea por desconocimiento o por evitar lidiar con este problema¹.

¹ El 15 de noviembre de 2019, la Ministra de Salud, Zulema Tomás renunció a su cargo luego de que se evidenciara que su hermana Edith Tomas trabajaba en SEDAPAL cuando esta asumió la cartera de Salud y ello no fuera dado a conocer en la declaración jurada de intereses.

Ante ello, cabe preguntarse si los funcionarios y servidores públicos involucrados en este flujo de adquisición y compra están capacitados en temas de conflicto de intereses, ética e integridad pública. Si es así, ¿quién los capacita? ¿A quién acuden en caso de duda o conflicto ético? ¿Acaso tienen herramientas para poder resolver por sí mismos las complejas situaciones a las que pueden verse expuestos como consecuencia de su función pública?

Si bien, el Perú ha desarrollado a través de diferentes instrumentos jurídicos, como la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública de Perú y la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública, herramientas legales para poder mitigar los riesgos de conductas inadecuadas por parte de los funcionarios en el marco del conflicto de intereses. No obstante, en la práctica y más aún en los procesos de compra de medicamentos, dichos instrumentos pueden resultar insuficientes por su poca efectividad por, (i) el sector y, (ii) los riesgos asociados al mismo.

En esa línea, las oficinas de Recursos Humanos de las entidades públicas, la Secretaría de Integridad Pública y la Contraloría como entes encargados de controlar y difundir el cumplimiento de la normativa indicada en el párrafo anterior, no cuentan con los instrumentos necesarios para una adecuada coordinación. En consecuencia, esto genera lo siguiente: “(i) inexistentes controles en materia de conflicto de intereses, (ii) abierto espacio para la corrupción, y (iii) que las directrices de ética pública no generen conciencia en la formación de los funcionarios a cargo” (OCDE, 2017)².

Considerando lo anterior, esta investigación sugiere una alternativa: la reestructuración del esquema sobre el que se basa la ética e integridad al interior de las entidades a cargo de la ética pública, específicamente, en su rol en el sector de compra pública de medicamentos. Ello a través de la identificación de oportunidades de mejora institucional en la planificación, diseño y control de los aspectos vinculados al conflicto de intereses de los funcionarios y servidores públicos.

En el primer capítulo se presentará en mayor detalle una evaluación del problema del conflicto de intereses en el sector salud para explicar los motivos por los cuales representa

² Al respecto, el *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente* (2017), establece ciertas directivas que refuerzan la importancia de generar conciencia en los funcionarios públicos.

un riesgo para la compra pública de medicamentos. Asimismo, se analizará desde el procedimiento de compra hasta la actuación del funcionario o servidor en el marco de la función pública, a la vez, que se tomará en cuenta la perspectiva del triángulo del fraude desarrollada por el criminólogo Donald Cressey. En el segundo capítulo se hará un breve recuento a partir de los lineamientos materializados en instrumentos internacionales, la experiencia aplicada en otros países y el rol del sector privado. En el tercer capítulo, a partir de los resultados de una encuesta a funcionarios y servidores del Estado vinculados a la compra pública de medicamentos, se sugerirán cuáles podrían ser los efectos prácticos del cambio propuesto. Para ello se considerará la estructura del modelo de integridad actual. Finalmente, se expondrán las conclusiones generales de la investigación.

Es así como el estudio y la identificación de las características y efectos de tener un marco jurídico desunificado en temas de conflicto de intereses resulta significativo para un transparente y correcto régimen público de compra de medicamentos. Así también, lo es sensibilizar sobre la importancia de involucrar a los médicos, las empresas farmacéuticas, el personal administrativo y los órganos de control en la generación de herramientas de promoción. Esto con el propósito de desarrollar políticas mitigadoras de riesgos en la gestión de los conflictos de intereses que permita una infraestructura ética sólida y un modelo adecuado de prevención.

CAPÍTULO I

El problema de los conflictos de intereses en la administración pública, su impacto en el proceso de compra pública de medicamentos y el porqué de los funcionarios



1.1 El problema de los conflictos de intereses en la compra pública de medicamentos

En primer lugar, en el presente capítulo se desarrollará el concepto referido a los conflictos de intereses, para lo cual se abordarán las nociones básicas que engloban tal término y sus elementos característicos en el sector salud, de modo que se pueda explicar la importancia de su identificación oportuna en el sector público y el impacto en la compra pública de medicamentos. En segundo lugar, se analizará el actual sistema de compra pública de medicamentos, las partes involucradas en el flujo de compra y las potenciales situaciones de conflicto de interés que se pueden ocasionar. Por último, el capítulo concluye describiendo la gestión deficiente del conflicto de interés en la administración pública, la falta de control, así como, el riesgo en la gestión de posibles casos de corrupción en salud, a partir de una mirada desde la psicología moral del fraude propuesta por el profesor y criminólogo Donald Creese.

1.2 Definición de conflicto de interés en la administración pública

La corrupción es un problema que se ha venido presentado de forma crítica en todos los poderes del Estado y sus instituciones, precisamente una institución en la cual los índices son los más altos y peligrosos es en la administración pública. Como afirma Rojas (2011), se trata de un instrumento del Estado utilizado para llegar a la población en lo que respecta a la administración de la distribución de bienes y/o servicios, siendo el derecho administrativo su régimen aplicable.

En palabras de Abruña (2011), las características que la administración pública debe ostentar para ser identificada como tal son “la existencia de una organización del Poder Público y el ejercicio por esta de una función estatal” (citado en Rojas 2015, p.116). De estas características se desprende que la administración pública es una expresión del poder estatal, que posee los siguientes elementos característicos: perseguir un fin público, estar al servicio de los intereses generales de la República y que para la consecución de tales fines debe satisfacer los principios de eficacia y economía.

Precisamente, en la consecución legítima de los fines públicos y los intereses del Estado, surge el problema del conflicto de intereses, el cual es un tema central en materia de ética e integridad en la administración pública, pues su finalidad consiste en asegurar un buen

gobierno de la gestión pública en favor del interés general, estableciendo límites entre lo público y lo privado.

El término señalado, a pesar de su relevancia, ha sido de difícil comprensión para el establecimiento de los límites en la actuación ética de los funcionarios públicos y para aquellos que naturalmente se relacionan con estos. Si bien, el concepto ha tenido un desarrollo reciente por parte de la academia, no se han podido interiorizar y explicar de forma clara, entre otras, las siguientes interrogantes: ¿cuáles son los límites? ¿cuándo estamos frente a un conflicto de intereses? ¿existen supuestos de conflicto de intereses tolerables? ¿qué factores mitigan el riesgo de conflicto de intereses? La búsqueda de las respuestas a estas preguntas se torna más urgente, cuando contrastamos lo usual que es lidiar con conflicto de intereses, no solo en el ámbito público sino también en el privado.

Antes de definir el “conflicto de intereses” resulta importante tener en claro qué es “interés público”. Cabe señalar que la definición de este concepto históricamente no ha sido unánime en la doctrina y más bien su conceptualización se ha tornado problemática, ya que presenta varias aristas. Sin embargo, en líneas generales, como afirma Correa (2006), “el interés público es un principio esencial del sistema político y un concepto básico de la acción político administrativa, que busca satisfacer las necesidades o expectativas de la comunidad” (p. 140). De esta idea se deduce que el interés público es un mecanismo que permite evaluar tanto la actividad política como la jurídica; asimismo, tiene como fin satisfacer intereses comunes a todos, los mismos que son delimitados por el Estado. Por tanto, le son inmediatamente exigibles. En cambio, los intereses particulares serían aquellos que benefician únicamente al sujeto y no a una comunidad o grupo en general.

Teniendo en cuenta la definición de “interés público”, de acuerdo con algunos organismos como Transparencia Internacional, se genera un conflicto de interés cuando el funcionario público se encuentra en la posición de decidir entre los deberes propios de la función pública que ejerce y los intereses privados del contexto. Esto se traduce en una incompatibilidad funcional para quien se encuentra vinculado a la administración pública y un problema si el funcionario no comprende la gravedad del problema. En esa medida, se genera la existencia de diversas aristas que vuelven complejo este concepto ético para la función pública, pues en la mayoría de casos se trata simplemente de “confianza” (OCDE, 2005, p.17). De ahí, la

importancia del rol y estudio del conflicto de intereses se vuelve particularmente importante, pues si no son detectados a tiempo y mitigados apropiadamente pueden afectar de forma dramática al funcionario, la institución pública y las partes –inclusive privadas- vinculadas.

Por otra parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) plantea la siguiente definición para el conflicto de interés:

Aquel supuesto de conflicto vinculado al deber público y al interés privado de un empleado público, cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales (2005, p.13).

Para esto se debe tener presente que el concepto como tal puede legitimar o deslegitimar las decisiones adoptadas por los funcionarios públicos en el marco de las funciones que ejercen. Asimismo, los manuales de la OCDE en materia de conflicto de interés del sector público indican que: i) el funcionario no debe hacer un mal uso del poder otorgado por la función pública; ii) el funcionario debe cumplir con el principio de imparcialidad y/o neutralidad en el marco de su actuación; y iii) el interés público prima sobre el privado (2005, pp. 95-96). A partir de estas directrices técnicas y prácticas para su ejecución se producirán los deberes que envuelven el conflicto de interés, así como, una definición.

En cuanto al desarrollo de este concepto en la doctrina, Daniel Gordon³ (2005) señala que “el conflicto de interés reduce a una persona a servir (de forma leal) a dos o más personas (u organizaciones) donde los intereses van en diferentes direcciones” (p. 28). Esto demuestra que las circunstancias en las que se puede configurar un supuesto de conflicto, no solo están vinculadas al sector público, sino que también dan lugar a que ello ocurra en el sector privado con distintas particularidades.

En el caso del sector público, para una mejor definición resulta necesario explicar la relación entre la función pública y el conflicto de interés. Al respecto, se afirma que:

El ejercicio de la función pública exige la delimitación clara entre los diversos fines que tiene una persona con un cargo público: los fines privados (personales y a los grupos que pertenece, en sus vertientes económica, familiar, amical, entre otros), los fines del partido o agrupación política a la que se pertenece y los fines del Estado,

³ Catedrático principal de la Universidad de Washington.

de la colectividad como tal, que se denomina interés público o búsqueda del bien común (Morón, 2014, p. 259).

De acuerdo con lo anterior, el autor resalta la importancia de establecer los parámetros para el trabajo en el sector público y explica de forma clara los diferentes frentes a los cuales los funcionarios públicos se ven expuestos para el ejercicio de su función. A esto se refiere el conflicto de interés, como, por ejemplo, “los intereses contrapuestos”, dado que pueden perjudicar y obnubilar al sujeto de quien depende la adopción de una decisión, siempre que no haga prevalecer el interés público sobre el privado.

En relación con los intereses particulares o contrapuestos, Savater (1988) señala que:

(...) Un político no puede tomar determinadas decisiones que le benefician a él personalmente, o a su partido, con el pretexto de que benefician a la colectividad. Lo importante es que se distingan esos fines, que el político sepa diferenciar la actividad con unos fines o con otros. Y si uno no es capaz de distinguir entre los diversos fines, no debe ofrecerse para la actividad pública, pues es obvio que esa persona no puede ocupar un lugar público, ni tampoco lo puede hacer una persona fanatizada y obsesionada con su propio partido, de tal manera que realmente sea incapaz de ver que la sociedad es un todo (pp. 56-57).

Por ello, es fundamental que el funcionario o servidor de la administración pública logre diferenciar los intereses personales, de las decisiones que debe adoptar en el cargo. Así pues, teniendo en cuenta los niveles de riesgos, será el propio organismo o institución pública para la que forma parte la que deberá adoptar medidas necesarias de prevención, dependiendo de la situación y contexto en el que se encuentre.

Asimismo, en el informe de la OCDE (2005) para los conflictos de intereses en el sector público, se describen algunas particularidades del concepto; por ejemplo, la aparición de distintos tipos de consecuencias del conflicto de interés: i) el real: lo que se traduce en una intolerable situación entre intereses privados y su actividad pública; ii) el aparente: escenario en el que el interés personal no influiría en los deberes de la función pública, sin embargo, podría dar la apariencia de que sí; y iii) el potencial: situación en la que el interés privado del funcionario puede traducirse en el futuro en un conflicto de interés.

a) Conflicto de interés real

Este tipo de conflicto de interés parte de la premisa de que el funcionario ejerce la función

pública movido por intereses estrictamente personales, lo que afecta la independencia y nubla el criterio en la toma de decisión. En la práctica, esto se entiende como un “abuso de poder”, dada la posición que el sujeto ostenta en el cargo público. Esta clase de conflicto de interés, no puede ser tolerado por parte del ordenamiento jurídico; inclusive, dadas las circunstancias podría calificar como una conducta delictiva⁴.

b) Conflicto de interés aparente

En el segundo de los casos, el conflicto de interés “aparente”, predomina la noción de que no solo hay que “ser”, sino que también “parecer”. Es decir, debido a los diferentes intereses que rodean al funcionario público, podría dar la apariencia de que la toma de decisión y, por ende, el juicio de este funcionario pueda verse afectado. Si bien, no ejerce su potestad a favor de intereses particulares, a juicio de cualquier tercero podría dar la apariencia de que sí. Lo anterior, no resta responsabilidad al funcionario, si no por el contrario, lo coloca en una posición compleja, dejando abierta la posibilidad de riesgos de carácter reputacional para la entidad pública.

c) Conflicto de interés potencial

El tercer caso se refiere al supuesto sobre el cual una circunstancia actual puede dar la apariencia de normal, pero el funcionario público al mantener el interés privado puede gestar la circunstancia en la que su decisión contravenga los intereses generales. En este punto, Villoria (2010) señala que “podría haber conflicto en el futuro si el funcionario/a asumiera ciertas responsabilidades” (p.21). Sin duda, estas podrían generar una incompatibilidad debido a las funciones y compromisos que tiene el sujeto público.

Por su parte, Morón (2014) identifica una etapa previa que resulta bastante útil en la

⁴ El Código Penal del Perú, establece en el artículo 400° al tráfico de influencias, como aquel delito “El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo (...)”. Por su parte, el artículo 382° del mismo cuerpo normativo precisa al delito de concusión como “El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial (...)”. En ambos casos, el código penal establece como criterio la preexistencia de un “conflicto de interés” para la calificación de un delito.

clasificación, según el momento en el que aparece conflictuado el interés privado con el interés público; es decir, aquellos conflictos de intereses preexistentes en la actividad pública, concurrentes y subsecuentes conforme a su casuística.

Así también, los conflictos de intereses preexistentes hacen referencia a la etapa previa del acceso a la función pública como funcionario o servidor. Estos se definen como aquellos vínculos familiares, económicos, patrimoniales e inclusive político - partidarios de un sujeto que aplica a una plaza pública y que asume lo primero como incompatible respecto al interés público de la función que busca ejercer. En palabras de Morón (2014):

Propiamente no hay una concurrencia de intereses presentes, sino un conflicto entre el interés privado preexistente y el interés público de la función a la cual se aspira. De ordinario, este conflicto se expresa en una prohibición para el ejercicio de determinados cargos (p. 268).

También se encuentran los conflictos de intereses concurrentes, es decir, aquellos intereses privados de los funcionarios o servidores públicos que coinciden paralelamente con el interés público en ejercicio de la función. Morón (2014) afirma que “en este caso, existe conflicto entre el interés público asignado al cargo que desempeña y otro interés privado concurrente o coetáneo a la actividad pública (p. 269). Para ello, es natural que las regulaciones establezcan determinadas limitaciones de actuación en el marco de sus funciones.

Cabe agregar que, los conflictos de intereses subsecuentes hacen referencia a supuestos que ocurren una vez terminado el ejercicio de la función pública, como consecuencia del ejercicio de la misma. Por ejemplo, es usual que algunos funcionarios del Estado tengan acceso a información privilegiada que para efectos del interés privado posterior represente un conflicto de interés. De esa manera ha sido clasificado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, pues en su artículo 12 precisa la necesidad de imponer restricciones durante un periodo razonable a ex funcionarios públicos⁵.

⁵ El artículo 12 numeral de de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción precisa la siguiente restricción para casos de ex funcionarios públicos: “Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo”.

Con base en lo expuesto, ¿cómo podríamos definir el “conflicto de intereses”? Independientemente de los matices que cada una de las definiciones expuestas pueda tener, todas lo señalan como un término fundamental para la construcción de una estructura normativa ética e íntegra de la administración pública.

La realidad demuestra que, si un funcionario ejerce la función pública, atiende y se debe a los intereses generales de la República, ello no quita que también tenga intereses personales, lo que indudablemente representa un riesgo si este no logra mantener ambos intereses por separado. De esta manera, para la función pública, el concepto de conflicto de interés concebido por diferentes ordenamientos jurídicos y código de ética y/o integridad alrededor del mundo lo traducen como como situaciones complejas que ponen en riesgo el interés público. Toda vez que, la evidencia y los casos de corrupción obligan a que las organizaciones públicas adopten mecanismos de prevención en materia de “conflictos de interés”. Esto con la finalidad de evitar y salvaguardar la integridad de sus funcionarios y de la propia institución. No obstante, en el caso del Perú, esto se presenta como un punto pendiente en materia de ética pública.

En este contexto y para efectos de la presente investigación, el conflicto de intereses en la administración pública se centra en el conjunto de funciones y responsabilidades que tienen a su cargo los funcionarios públicos, que se contraponen a sus intereses privados. De ahí que no se pueda perder de vista la existencia de sectores de alto riesgo donde se requieren efectivos mecanismos de prevención, como lo son las compras del Estado, los proyectos de inversión y la gestión de autorizaciones.

Como se podrá advertir, la importancia se debe al impacto de las decisiones de los servidores públicos en el ámbito de su función. En tal sentido, resulta clave lo siguiente: i) conocer los procesos; ii) identificar los riesgos; y iii) establecer los controles. De otra manera, no se podrá mitigar los riesgos de corrupción y daño reputacional que generan los conflictos de intereses al interior de una organización pública o privada.

En síntesis, se podría definir el conflicto de interés en el sector público como un elemento de la ética pública aplicable a las situaciones en las que el sujeto deba decidir entre su interés personal o privado y el interés público. En este punto, es preciso señalar que el interés

privado no se limita a los términos de carácter económico o social, si no por el contrario involucra vínculos familiares, amicales, políticos, entre otros; de aquí la relevancia para los casos en los que también se afecta a los familiares. Por ello, ante la concurrencia de los dos intereses contrapuestos, quien ejerce la función pública deberá anteponer el interés general.

1.3 El conflicto de interés en el sector de compra pública

Existen sectores que por su complejidad representan un riesgo importante en materia de ética e integridad para el sector público. Dicho ello, tal y como es conocido, la contratación pública es un sector que históricamente ha tenido memorables casos de corrupción que han involucrado a diferentes actores en desmedro de los intereses generales y el tesoro público.

En líneas generales, la contratación pública es una herramienta transversal al Estado, mediante la cual se adquieren obras, servicios o bienes. No obstante, para efectos de nuestra investigación nos centraremos únicamente en la contratación pública de bienes, con especial énfasis en las compras realizadas con fondos del tesoro público y que provengan del requerimiento de alguna entidad⁶ de la administración pública. Cabe precisar que la norma en el ordenamiento jurídico peruano que regula la contratación pública es el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF en el cual se establecen las condiciones, lineamientos, procedimiento y definiciones sobre la contratación pública, que se explicará a continuación.

Uno de los aspectos relevantes a desarrollar sobre la contratación pública tiene que ver con su procedimiento. Por una parte, tenemos la gestión logística de la contratación pública, que contempla no solo los procesos de suministros, sino también de abastecimiento. Para entender los procesos de compra debemos fijar ciertos criterios como la selección, la

⁶ La Ley de Procedimiento Administrativo General Texto Único Ordenado de la ley 27444 aprobado mediante Decreto Supremo N 006-2017-JUS establece que se entenderá por “entidad” lo siguiente: 1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía. 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

adquisición, la recepción por la entidad pública para su posterior almacenamiento y el resguardo de lo adquirido.

De esta manera, la gestión de compra (logística) es un concepto que no se limita a la actividad de compra pública, si no que, por el contrario, se caracteriza por elementos externos propios de varios factores: i) escasez de productos; ii) limitación de ofertantes; iii) reducción de márgenes ganancias; y iv) variaciones del mercado.

Por otra parte, en relación al flujo de contratación pública a nivel nacional, contempla una serie de procesos que involucran a diversas partes, entre ellas, funcionarios públicos y proveedores en este complejo diagrama de intereses. Entre los puntos más resaltantes podemos encontrar:

a) **Planificación / Actuaciones preparatorias:** todos aquellos actos relacionados con el objetivo de la planificación de la compra pública de cada una de las entidades que integra el Estado. Para la investigación nos centraremos en las de Salud. Tal y como registra la regulación local, esta establece que se debe realizar un plan de requerimiento donde se señale qué se va a necesitar, las características del bien y en qué momento, conforme al presupuesto de cada entidad⁷. En esa misma línea, Zambrano (2009) afirma que:

La fase de actos preparatorios es el conjunto de actuaciones que se inician desde la decisión de adquirir y está destinada a definir con claridad el objeto de contratación, destinar un presupuesto para tal efecto y definir con claridad sus características (p.135).⁸

Posteriormente, se realizará el análisis de mercado del bien, servicio u obra. Esta etapa es fundamental, ya que permitirá fijar las bases sobre las que se fijará un precio estimado, las características, factores a tomar en consideración, potenciales proveedores, fijación de presupuesto a destinar en la potencial compra, así como, las condiciones de compra. Por último, luego de la culminación de esta primera etapa, corresponde hacer una evaluación

⁷ La OSCE señala que el requerimiento debe contener las especificaciones técnicas en caso de bienes y además se debe incluir los requisitos de calificación que correspondan según el objeto de contratación.

⁸ Es importante precisar que el requerimiento se realiza el área usuaria a cargo de la solicitud de compra; donde la subasta inversa no tiene un rol central, pues en el caso de los medicamentos el requirente del producto y procesador de orden de compra interactúan en directo con los participantes del proceso de selección.

del requerimiento realizado, a fin de evaluar las condiciones sobre las que se gestiona la solicitud y su aprobación.

b) **Proceso de selección:** a partir del lanzamiento de la convocatoria, se presenta formalmente a los proveedores la posibilidad de participar en el proceso de requerimiento público de un servicio, bien u obra. Cabe señalar, que únicamente podrán participar aquellos proveedores que cumplan con los requisitos formales que la ley les exige. En paralelo, aquellos proveedores que participen del proceso de selección podrán absolver y/o presentar cualquier tipo de observación que pudiesen advertir durante el flujo.

Finalmente, deberán presentar la propuesta final (oferta) donde se contemple la parte técnica/económica de la postulación, a fin de una posterior evaluación. Este punto se encontrará conforme a los requisitos de clasificación previstos en aquellos documentos establecidos inicialmente en el procedimiento de selección.

c) **Ejecución:** así pues, se requerirá que las partes (entidad-proveedor) suscriban el contrato final, donde se establecerán las condiciones finales de compra.

Como podemos advertir, el procedimiento de compra pública contempla diferentes etapas que tienen por objeto asegurar el mejor costo - beneficio para la entidad. Sin embargo, dada la complejidad y los sujetos involucrados, se pueden identificar diferentes espacios de riesgo de conflicto de interés, que de no ser detectados a tiempo podría implicar una antesala a la corrupción.

De manera específica y en virtud de la materia que se investiga, la compra pública de medicamentos en el Perú engloba diversos tipos de riesgos por los actores que se involucran en este procedimiento. Así, desde las partes directas del flujo de compra hasta los diversos factores externos deben ser tomados en consideración al momento de gestionar la adquisición de medicamentos.

Es en este contexto, los diversos conflictos de intereses —que en un primer momento no advertimos— afloran y se convierten en riesgos que podrían convertirse en actos de corrupción. Si bien el organigrama de funciones que tiene la administración pública en temas de salud lo hace aún más complejo, la realidad demuestra que los flujos de adquisición de medicamentos, el proceso de contratación con el Estado y el involucramiento de actores secundarios lo convierten en un sector de muy alto riesgo.

Como se ha señalado, existen algunos actores relevantes a los cuales se debe hacer mención a fin de definir el espacio gris que podría encubrir conflictos de intereses, es decir, la apariencia de que una persona o entidad está o parece que podría estar en riesgo de actuar a favor de intereses personales.

Esto es lo que ocurre para el caso de partes involucradas en los flujos de compra pública. Tal y como se ha descrito anteriormente, los funcionarios a cargo de la compra, los proveedores, las áreas solicitantes (entidades internas) y los criterios sobre los cuales se establecen los formularios de requerimiento son parte de un sistema integrado de contratación pública que tiene por objeto la modernización en la legislación peruana. Así, el OSCE (2009) declara que: “La modernización de las contrataciones públicas en la dirección planteada requiere una orientación estratégica que sea guía de una reforma profunda de todo el sistema” (p. 1).

En lo que respecta a las políticas administrativas de prevención de los conflictos de interés, en el año 2004 entró en vigencia la figura de subasta inversa y la del acuerdo marco⁹ en el reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual fue aprobado por el Decreto Supremo N° 83-2004-PCM, introduciendo en la regulación local una modalidad interesante para la gestión eficiente y transparente de la compra pública. Dicha modalidad actualmente se encuentra regulada por la Directiva N° 006-2019-OSCE/CD, en la cual, como parte del proceso de selección, la entidad deberá publicar las bases y el resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado al momento de convocar el proceso. Es decir, un procedimiento de selección a través del cual la entidad puede contratar bienes y servicios mediante el listado de ficha técnica del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (en adelante, Seace). Para ello, entra en un proceso de evaluación e ingreso a partir del requerimiento del área usuaria. Esto puede entenderse mejor con la siguiente figura:

| # | Proceso | | |
|---|---------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
| | Concepto | Descripción | Etapas |
| 1 | Ficha técnica | Documento que contiene la descripción y características del bien o servicio (general y específico). | Obligatorio para la entidad |

⁹ Antes de la entrada en vigencia de la Ley 30225 se les denominaba “Convenios Marco”.

| | | | |
|---|--------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 2 | Documento de orientación | Incluye información complementaria a la ficha técnica, es decir, requisitos complementarios para la gestión de compra. | |
| 3 | Base estándar de procedimiento | Lo anterior deberá ser aprobado en la base estándar de la subasta interna -validada- por OSCE y Seace. | Protocolo |
| 4 | Publicación | Publicación y proceso de selección del proveedor. | |
| 5 | Resultado | Asegura mayor transparencia, control, selección objetiva e inclusive parámetros de entrega. | |

Figura 1. Proceso de subasta inversa electrónica.

Es importante precisar que la modalidad de compra pública a través de la subasta inversa no es una alternativa de la entidad, pues es de obligatorio uso, siempre que los bienes y servicios se encuentren incluidos en el listado de bienes y servicios comunes o que el monto represente una menor cuantía, para lo cual podrá optar por activar el procedimiento tradicional de compra pública. No obstante, en la mayoría de los casos de compra de medicamentos se fija la vía subasta inversa (OCDE, 2019).

Por su parte, la figura de acuerdos marco según la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, es una herramienta de gestión mediante la cual se pre-selecciona a los proveedores con los que las diferentes entidades podrán contratar los bienes y servicios que son ofertados a través del Catálogo Electrónico. En ese sentido, siempre y cuando se cumpla con los criterios establecidos por las diferentes entidades, su uso es de carácter obligatorio. Un dato relevante, está vinculado a la inclusión de penalidades en caso de incumplimiento de la compra realizada por Catálogo Electrónico, inclusive, en aquellas compras donde el monto sea menor a 3 UIT.

Si bien, los sistemas han buscado mitigar los riesgos en materia de conflicto de interés o posible corrupción para los procesos de compra pública mediante subasta inversa electrónica, la realidad demuestra que los índices para el caso del sector salud no se han reducido en procesos de compra directa a cargo de las unidades ejecutoras. Como se podrá advertir más adelante, los riesgos de corrupción se gestan desde etapas previas a la propia compra y se vinculan directamente con el flujo sobre el que esta se basa.

Por otra parte, en lo que respecta a las políticas punitivas de prevención de conflictos de intereses, nuestro Código Penal prevé dos delitos principales en contra de la administración pública vinculada justamente con el desarrollo del proceso de contratación pública: el delito de colusión y el delito de negociación incompatible. Como bien señala Torres (2014), en el primero de los casos se sanciona al funcionario público que mediante un acuerdo favorece a un privado durante cualquiera de las etapas que contempla la contratación pública, frente al segundo caso donde se coloca en el supuesto que este tercero (interesado) en el proceso de compra pública, intervenga, con la finalidad de generarse un beneficio directo de la compra.

En ambas situaciones se puede encontrar la aparición de supuestos de conflicto de interés que devienen en delitos, representando los supuestos más típicos que pueden aparecer en materia de contratación pública, además de otros que consideraremos más adelante.

En esa medida, los funcionarios se deben al cumplimiento irrestricto del mayor objetivo en materia de compra pública y la protección del correcto uso de los recursos públicos. Así pues, Torres (2014) precisa que dicho bien jurídico se encuentra ligado a la adhesión a una serie de principios que deben regir, orientar e informar a los funcionarios que se encuentran expuestos a la toma de decisión. Por su parte, el Tribunal Constitucional también los ha sabido considerar en la Sentencia Exp. N° 00017-2011-PI/TC y ha ratificado que los principios de transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores¹⁰ son aquellos principios que deben estar resguardados en el ámbito del ejercicio de la función pública.

Por lo anterior y con la finalidad de poder tener un marco general del funcionamiento de las contrataciones públicas que permitan sentar las bases de la matriz de riesgos de conflicto de interés, se establecerán los criterios que más resaltan. Cabe precisar que la investigación no involucrará cada uno de los aspectos referentes al delito de corrupción, pues solo se enfocará en los referentes al involucramiento de supuestos de conflicto de interés.

¹⁰ Dicha Sentencia se originó a partir de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el ex Fiscal de la Nación, José Antonio Peláez Bardales, contra algunas disposiciones de la Ley N° 29703 que modificaron el artículo 384° del Código Penal (delito de colusión) y el artículo 401° del Código Penal (delito de tráfico de influencias).

En síntesis, se buscó suprimir los términos “patrimonialmente” (del tipo penal de colusión) y “perjuicio real” del tipo penal de tráfico de influencias, bajo el argumento central que por la forma en la que fueron modificados ambos tipos penales, se desconocía la normativa internacional que sostiene que no es requisito indispensable el “perjuicio patrimonial” para la configuración de los delitos de corrupción.

1.4 Adquisición de medicamentos en el sector público: un sistema complejo

La adquisición de medicamentos en el sector público es un sistema complejo que representa un sistema de coordinación de diferentes actores, quienes, al no tener una relación directa y personal de cada requerimiento, la fórmula se resuelve de entidad a entidad. Todos los Estados en general tienen un sistema de provisión para los medicamentos públicos, privados o mixtos. Al respecto, Hunt y Khosla (2008) afirman lo siguiente de tal sistema: “(...) debe estar afinado a las necesidades actuales, obtener un buen valor por su dinero, minimizar perdidas y evitar la corrupción. Es muy importante que sea diseñado para servir a las personas viviendo en situación de pobreza y en comunidades aisladas, así como a las elites urbanas adineradas” (p. 109). Como se puede advertir, lo que se procura es que el sistema de adquisición o provisión sea un sistema confiable, eficiente y transparente que sea ajeno a los actos de corrupción y que garantice de forma equitativa el acceso a los medicamentos a todos los sectores de la población¹¹.

Teniendo en cuenta ello, a continuación, nos encargaremos de explicar el concepto referido a la adquisición de medicamentos y el derecho humano que ello implica, para luego explicar el sistema y estructura de contratación pública que rige en nuestro país para la adquisición de medicamentos.

1.4.1 Derecho a la salud y adquisición de medicamentos

El derecho a la salud es un derecho fundamental que se encuentra expresamente contenido en el artículo 7° de la Constitución Política del Perú: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)”. Por esto, es el Estado quien determina la política nacional de salud a través del Poder Ejecutivo, quien norma, supervisa su aplicación y es responsable de

¹¹ El 30 de octubre de 2019, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia N° 007-2019, el mismo que, flexibiliza la accesibilidad y disponibilidad de los medicamentos genéricos, diversificando las formas de acceso a medicamentos a menor costo y fija el plazo de 30 días calendario desde, emitido el decreto, para la publicación del listado de medicamentos esenciales en boticas y farmacias del sector privado.

diseñarla y conducirla de forma descentralizada para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud¹².

Precisamente, uno de los contenidos esenciales del derecho a la salud para su máximo disfrute consiste en la adquisición de los medicamentos esenciales. En ese mismo sentido, Hunt y Khosla (2008) sostienen que: “(...) el acceso a medicamentos forma parte indispensable del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (p.102).

Para la Organización Mundial de la Salud, los medicamentos esenciales son aquellos medicamentos que cubren las necesidades de atención de salud prioritarias de la población, los cuales deben estar disponibles en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con una calidad garantizada y a un precio asequible para las personas y para la comunidad (OMS, 2019).

En la actualidad es responsabilidad de todo Estado garantizar que los medicamentos existentes estén disponibles en cantidades suficientes y accesibles en sus jurisdicciones. Hunt y Khosla (2008) piensan que para que se cumpla con tales exigencias, se tienen que considerar cuatro criterios importantes sobre la accesibilidad: i) Los medicamentos tienen que ser accesibles en todas partes del país; para ello tienen que incluir programas de alcance; ii) Los medicamentos tienen que ser asequibles para todos, incluyendo a personas en extrema pobreza. Por ello, tienen que financiar el precio de los medicamentos; esto también incluye el costo de los aranceles de importación que les coloquen y otros impuestos; iii) Deben ser accesibles sin ningún tipo de discriminación basada en argumentos como sexo, raza, etnia, religión, entre otros; y iv) Todos los pacientes y profesionales de la salud deben tener acceso a informaciones confiables que ayuden a tomar decisiones seguras e informadas para la utilización de dichos medicamentos.

Por otra parte, los medicamentos que el Estado adquiere deben cumplir con los siguientes estándares (entre otros):

- a) **Deben ser de calidad:** deben garantizar a su población el acceso de medicamentos de calidad.

¹² Véase el artículo 9° de la Constitución Política de 1993.

b) Deben ser económicamente accesibles: el Estado tiene la obligación de garantizar que los medicamentos sean accesibles económicamente para todos. Sobre este aspecto, Hunt y Khosla (2008) explican que existen diferencias económicas abismales entre países desarrollados, en desarrollo y subdesarrollados, para la adquisición de medicamentos:

En países desarrollados un año de tratamiento para el VIH puede consumir el equivalente a un sueldo por cuatro a seis meses de trabajo, y en la mayoría de los casos está cubierto por el seguro médico; en cambio en muchos países en desarrollo, un año de tratamiento pediátrico de VIH puede consumir el equivalente del ingreso de un adulto en 10 años (p. 110).

Este es el motivo por el cual, el Estado debe velar por implementar políticas progresivas que permitan o coadyuven a que la población pueda adquirir medicamentos a un costo accesible.

Los estándares desarrollados también deben ser considerados al momento que el Estado realiza la adquisición; por tanto, debe estar siempre presente en los órganos encargados de la compra pública, que en el siguiente punto abordaremos. No obstante, ambos estándares se ven gravemente perjudicados con la corrupción endémica que existe en nuestro sistema de la administración pública. Por ello, para hacer frente a esta problemática se debe considerar que: “El derecho fundamental a la salud incluye también la participación, el acceso a la información, la transparencia, el control y la responsabilidad. Cada uno de estos aspectos ayuda a establecer un ambiente donde la corrupción no puede sobrevivir” (Hunt y Khosla, 2008, p. 111).

1.4.2 Sistema de salud nacional

Tomando en cuenta los conceptos generales expuestos en el punto anterior, se debe partir con la premisa de que el Ministerio de Salud coordina con diferentes redes de Salud, por ejemplo: Essalud, los hospitales públicos, los hospitales regionales y los centros médicos de los gobiernos locales, que en su mayoría son conocidos como las unidades ejecutoras de la compra.

Asimismo, si bien es optativo que cada una de estas entidades participe en la compra de medicamentos en un proceso denominado “compra corporativa nacional”, dentro de este se pueden advertir tres etapas: los actos preparatorios, la selección y la ejecución contractual¹³.

Dentro de la etapa de actos preparatorios se elabora el plan estratégico operativo, la determinación de necesidades y se evalúa todo lo relacionado al presupuesto. Por su parte, en la etapa de selección se lanza la convocatoria de adquisición, la cual se hace siguiendo el procedimiento señalado en la Ley y Reglamento. Por último, en la etapa de ejecución contractual, se realiza la suscripción y todo lo que ello implica (Minsa, 2019).

Para entender mejor el proceso de adquisición haremos énfasis en la normativa relacionada a fin de identificar cada uno de los órganos participantes. Así, cabe señalar que en el 2010 entró en vigencia la reforma al Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud (En adelante, Minsa), mediante Decreto Supremo N° 003-2010-SA, a través del cual se creó la Dares como un órgano desconcentrado del Minsa, que se encarga de la adquisición, almacenamiento y distribución de recursos en salud. Este sería ajustado a través de la Resolución Ministerial N° 178-2016, en la cual se describen las responsabilidades en la gestión del nuevo órgano gestor de adquisición centralizado por el Centro Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (En adelante, Cenares).

En el Manual de Operación y Funciones del Cenares (2016), conforme a la Resolución Ministerial N° 178-2016, se describen las responsabilidades en la gestión del abastecimiento sectorial de los recursos en salud, garantizando la accesibilidad, disponibilidad y calidad para la población. En este mismo documento, se expone como parte de las competencias de la institución la programación de la adquisición y abastecimiento de medicamentos en cumplimiento de los estándares establecidos por el Minsa. Asimismo, lo más resaltante se centra en la competencia respecto de la articulación de acciones sectoriales e intergubernamentales con los diferentes órganos y organismos públicos adscritos al Ministerio de Salud, los gobiernos regionales y demás entidades del sector salud directamente vinculados a la gestión del abastecimiento de los recursos estratégicos en salud.

¹³ Las entidades que no participen del proceso de compra corporativa podrán realizarlo de manera individual, efectuando compras directas. Únicamente, para aquellos productos que cuenten una ficha técnica (homologada) por Perú Compras, se podrá realizar vía compra pública corporativa, tal y como describen las directivas internas de Perú Compras y Cenares, según Resolución Ministerial N° 178-2016.

Es decir, la articulación a todo nivel de la estrategia en la gestión de la compra pública de medicamentos.

En la práctica el Cenares ejerce la función de control y supervisión de la gestión de compra de los más importantes y relevantes medicamentos a nivel nacional. Además, se enfoca en un volumen importante y tiene la facultad de coordinar con las otras instituciones la forma de distribución y periodo de adquisición.

Dentro de las principales funciones específicas del Cenares, el Manual de Operación y Funciones (2016), en el punto 1.7 señala que tiene a su cargo lo siguiente: gestionar el abastecimiento sectorial de los recursos en salud, programar las necesidades de los recursos estratégicos en salud, realizar los procesos de adquisición de recursos estratégicos en salud a nivel nacional, gestionar la distribución y transporte de los recursos adquiridos, efectuar el seguimiento al abastecimiento, evaluar la gestión de abastecimiento y disponibilidad de los recursos adquiridos y administrar sus recursos asignados (pp. 7-8).

Las funciones anteriormente expuestas del Cenares han sido extraídas de la Resolución Ministerial que establece los criterios sobre los cuales debe cumplir sus funciones. Por ello, en la medida que se confirma la responsabilidad de este organismo en la gestión de la compra y en la coordinación, sigue siendo uno de los principales elementos a ser analizados.

Si bien cada una de las entidades públicas detalladas en la Figura 1 puede gestionar formalmente la adquisición de medicamentos, por la magnitud y productos específicos a requerir es el Cenares quien centraliza la mayor cantidad de compra de medicamentos a nivel nacional, de acuerdo con la generalidad y especificidad del requerimiento. Por ejemplo, para el caso de Essalud, este cuenta con su propia oficina de adquisición de compra, quien es el encargado de coordinar con las diferentes redes sanitarias en vista de un solo requerimiento, a través de su Gerencia de Logística – Central de Abastecimiento de Bienes Estratégicos (En adelante, Ceabe). No es excluyente que, en algunas oportunidades, se adquieran productos a través del Cenares.

Por último, mediante la Resolución Ministerial N° 40-2010-Minsa, se aprobaría que todos los establecimientos farmacéuticos, tanto público como privados que operan en el país, debían registrarse en el Sistema Nacional de Precios y Productos Farmacéuticos, lo que se encuentra a cargo de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (En

adelante, Digemid). Es decir, todos aquellos productos que se encuentren sujetos a la distribución o venta del producto se encuentran controlados por la Digemid.

Si bien lo anterior representa un porcentaje importante de la compra pública de medicamentos, este solo resuelve lo vinculado a la compra corporativa. En otros casos, es cada unidad ejecutora (hospital público, gobierno regional, Essalud, entre otros) la que con sus propios recursos adquiere productos farmacéuticos, en base a su propio flujo de compra. Lo anterior permite que exista un margen mayor de discrecionalidad, y por tanto, que el riesgo de conflicto de intereses sea mayor, sin la participación de Perú Compras y, sin la aplicación del sistema de subasta inversa electrónica.

Por otra parte, en el caso de los productos patentados que tienen un periodo de exclusividad de venta, las entidades y las diferentes redes hospitalarias, así como, el Cenares y el Ceabe no tienen otra alternativa que adquirir los productos (medicamentos) a las empresas farmacéuticas que ostentan la patente. ¿Qué ocurre con las visitas médicas y el ofrecimiento de nuevos productos farmacéuticos a los profesionales de la salud? ¿Estos se encuentran preparados para actuar con integridad? ¿Qué nos asegura que las áreas solicitantes no presenten conflictos de intereses? ¿Quién lo audita y de qué manera? Son algunas interrogantes que se plantean ante el evidente riesgo de corrupción que se presenta dado el contexto en el que cada estructura organizacional del Estado gestiona la compra pública de medicamentos.

1.4.3 Deficiencias del sistema: riesgos de corrupción en la compra de medicamentos

La implementación de medidas que garanticen la transparencia en las decisiones del sector público es un aspecto necesario para poder garantizar la legitimidad de la acción del Estado. En este punto, adoptar criterios que permitan a las entidades de control garantizar un buen uso del recurso público resulta tarea fundamental, más aun cuando nos encontramos ante sectores de alto riesgo y que requieren con mayor ímpetu de acciones concretas de transparencia. En este grupo se encuentra el sector de compra pública de medicamentos del Perú.

De acuerdo con los informes y la data pública del portal Transparencia del Ministerio de Economía, el Perú invierte 10 000 millones de soles en la compra de medicamentos. Así lo

demuestra la siguiente figura:

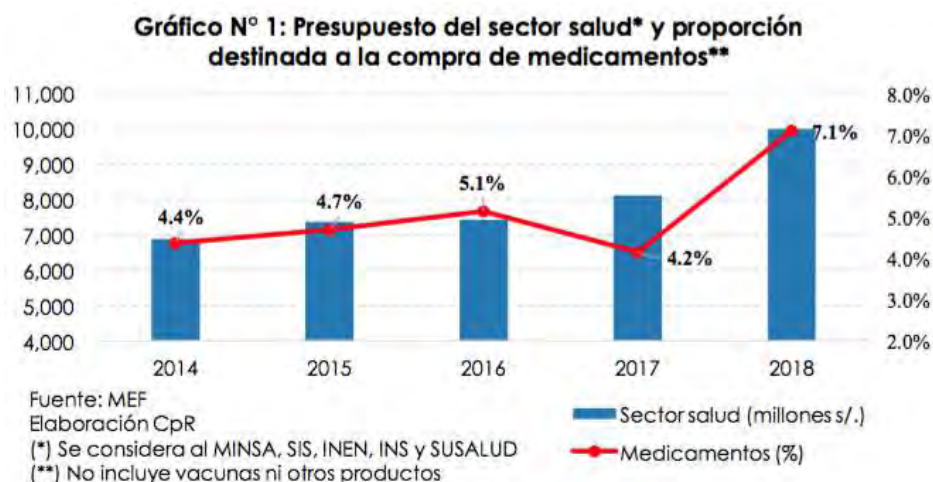


Figura 2. Presupuesto del sector salud y proporción destinada a la compra de medicamentos.

En este caso, se observa el presupuesto destinado a la compra de medicamentos que engloba no solo el organismo centralizado de compra de medicamentos del Ministerio de Salud (En adelante, Minsa), sino también lo invertido por organismos como el SIS, INEN, INS y Susalud. Es importante tener presente que la inversión en compra de medicamentos del sector público se encuentra centralizada en el Minsa al tener el mayor volumen de compra pública y que no incluye Essalud.

Lo anterior evidencia que el sector de compra de medicamentos representa un 7.1% del presupuesto del sector salud, convirtiéndolo en un espacio de gran inversión de recursos públicos, donde el cuidado por la integridad y el control de dichos recursos resulta parte relevante de las organizaciones involucradas.

Así también, otro importante órgano público comprador de medicamentos es el Seguro Social de Salud, conocido en el Perú como Essalud. Dicho órgano, aglutina alrededor del 50% de compra de medicamentos a nivel nacional, principalmente por su envergadura y gran cantidad de afiliados al sistema de sanidad.

En la siguiente figura¹⁴ se precisa el nivel en porcentaje y dinero invertido al año en este

¹⁴ Se hace la salvedad de que esta información pública corresponde a los años 2012-2016, pues no ocurre lo

aspecto:

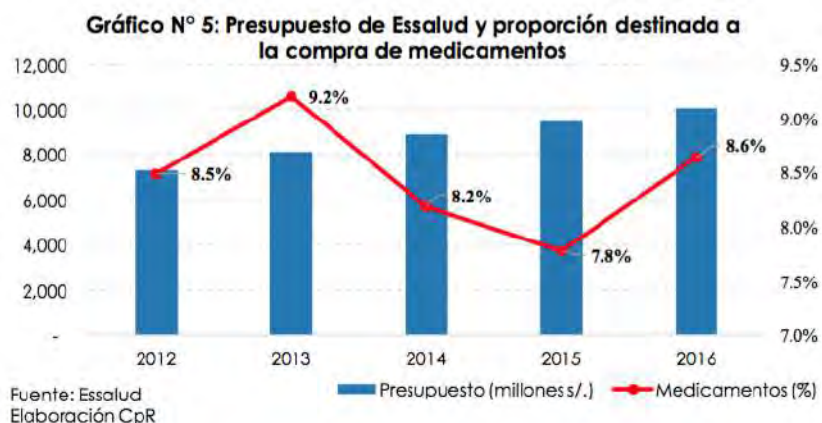


Figura 3. Presupuesto de Essalud y proporción destinada a la compra de medicamentos.

Si bien el volumen de venta anual de la compra pública resulta importante, la cantidad de compra en comparación con mercados internacionales es menor. Por ejemplo, De Lama y Lladó (2004) precisan que si lo comparamos con la venta anual de productos del laboratorio Pfizer a nivel mundial, esta se estima en 30 mil millones de dólares (p. 4). No obstante, si hacemos el comparativo a nivel local, de acuerdo con el International Marketing Service (IMS, 2018) entre 1977 a 2000 el valor de ventas aumentó de 126 millones de dólares a 314 millones en el primer milenio del 2000, llegando al punto más relevante en el 2018.

Por otra parte, un aspecto que involucra al sector farmacéutico a nivel mundial y que definitivamente afecta al mercado de compra es la patente de los medicamentos nuevos. Asimismo, el artículo N° 33 del Acuerdo sobre la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual señala que la protección de la patente debe tener un plazo mínimo de 20 años.

Conforme a lo señalado por De Lama y Lladó (2004), cuando un medicamento contiene un principio activo nuevo, resultado de una investigación científica y una inversión, el propietario de los derechos es el laboratorio que registró dicha marca como su propiedad (p. 2). De esta manera, los costos de los productos aumentan de manera significativa, a diferencia de lo que puede ocurrir con productos genéricos, los cuales son réplicas de igual

mismo en el caso 2017 y 2018.

concepto que son comercializadas de manera masiva al encontrarse la patente caduca. Por ello, en el sector de compra pública existen más riesgos de corrupción, pues su vinculación con la exclusividad que puede existir con la venta de algunos productos, además del poco margen de elección, hace en algunos casos que la gestión de compra sea directa.

En relación con lo anterior, el mercado farmacéutico se ha caracterizado por ser una industria en el mundo de gran predominio de empresas transnacionales, con lo que el alto precio de la marca patentada se relaciona con la política de acceso a la venta de productos de otros competidores. Por ejemplo, en el mundo son solo 10 las empresas que lideran el mercado farmacéutico¹⁵. Si bien existe un bajo nivel de concentración, en la mayoría de los casos existen mercados independientes donde el grado de concentración es generalmente alto; en algunas oportunidades inclusive de condiciones oligopólicas.

En este punto, De Lama y Lladó (2004) precisan que “por ejemplo, la empresa líder Merck alcanza menos del 4 por ciento del mercado; sin embargo, el medicamento Fosamax (alendronato de sodio), producido por esta empresa, concentraría el 50 por ciento del mercado de fármacos destinado a incrementar la densidad de los huesos” (p. 2). Lo anterior, hace que en la práctica, la competencia limitada haga aún más valiosos los recursos, pues en la mayoría de casos se anula la competencia por la oferta/valor del producto, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores.

1.4.4 Partes interesadas: conflicto de interés en la adquisición de medicamentos

Como se describió en el primer acápite del capítulo, los funcionarios públicos se enfrentan de manera continua a decisiones que engloban conflictos éticos, algunos más complejos que otros y que los llevan a una mayor reflexión en la toma de decisiones. Esta relación público-privada se hace más evidente para el caso de los funcionarios expuestos a la compra pública de medicamentos y a las partes que pueden verse afectadas por casos de corrupción. La salud es un sector con características especiales, entre ellas figuran las siguientes: i) la incertidumbre; ii) acceso limitado de información; y iii) un diverso número de actores

¹⁵ De acuerdo a la información registrada al 2017, Pfizer es la primera farmacéutica en el mundo seguida por GlaxoSmithKline (GSK), Merck, Bristol-Myers, Novartis, Johnson & Johnson, entre otras.

involucrados e incentivos que de forma perversa incrementan las posibilidades de corrupción a todo nivel, principalmente en la adquisición de medicamentos.

Resulta importante mencionar que en el Informe global sobre corrupción de 2006: corrupción y salud (Transparencia Internacional, 2006), se definió la incertidumbre como el factor de no saber quién se va enfermar, qué tipos de enfermedades pueden contraer las personas y qué resultado pueden tener los medicamentos en ellos. Lo que Kenneth Arrow (1963) definió como la imposibilidad de que los servicios de salud funcionen de forma eficiente. Un ejemplo es la que los pacientes no pueden juzgar si la medicina recetada o el tratamiento que están recibiendo va a funcionar o no en su organismo, por lo que si tienden a mejorar, jamás sabrán si fue la razón del tratamiento brindado o por cualquier otro factor. En síntesis, la incertidumbre representa un factor relevante de riesgo de corrupción por su imprevisibilidad en la gestión del gasto.

Por su parte, la información asimétrica se refiere a la diferencia en el manejo, acceso y equidad en el nivel de conocimiento que no se comparte por igual entre los actores involucrados en la gestión de la salud pública. Por ejemplo, los pacientes tienen menos acceso a la información que el médico; los médicos, a su vez, manejan menos información de los productos que ofertan las compañías farmacéuticas y estas a las definiciones que puedan adoptar los sistemas de compra pública de medicamentos. Es decir, en líneas generales, como afirma el Informe de Transparencia Internacional (2006): “No todos cuentan con información suficiente que respalde la toma de decisión cuando se enfrenta a un tema de salud, dicha asimetría puede encontrarse en todas las líneas de salud sean privadas o públicas” (pp. 5-6).

Asimismo, al encontrarse vinculado con los intereses de cada una de las partes involucradas en salud, puede ocurrir que cualquiera de los agentes pueda estar forzado a tomar una definición sobre la base de información incompleta y contrapuesta a los intereses públicos, pudiendo incurrir en sobre costos o afectando la atención en salud. Ante ello, aumenta la posibilidad de corrupción pues existe una dificultad natural en el control que se puede ejercer sobre los diferentes agentes involucrados (farmacéuticas, médicos, compradores, pacientes, funcionarios públicos del sector salud, entre otros), lo cual haría más difícil responsabilizarlos por las consecuencias de sus actos (Informe de TI, 2006, pp. 5-

6). A continuación, se mostrará la diversidad de actores involucrados en el sector salud. De acuerdo al Informe de TI, se definió la existencia de la siguiente figura donde se señala un alto número de agentes involucrados en este sector:

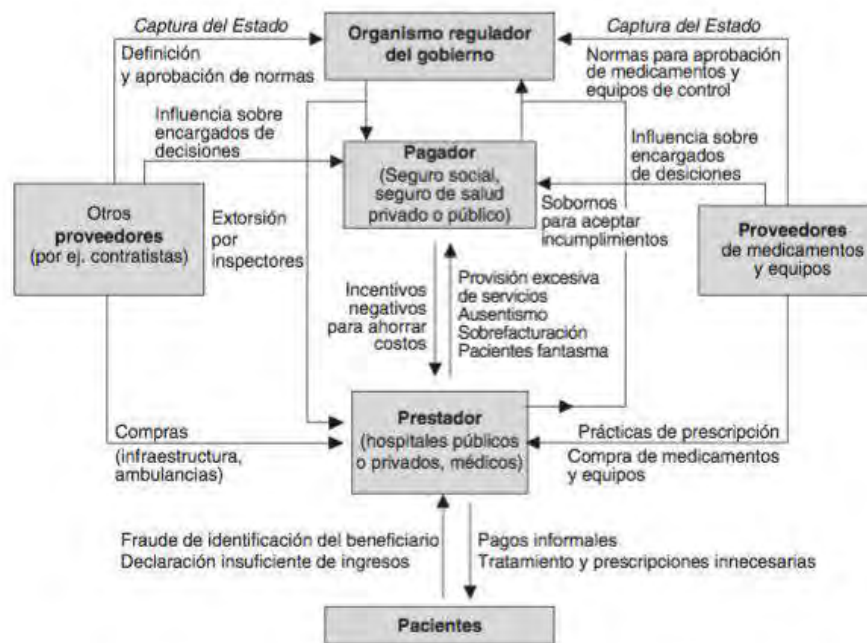


Figura 4. Agentes involucrados en el sector salud.

Tal y como se ha señalado, la industria farmacéutica se encuentra obligada a registrar el ingreso de medicamentos, por el Decreto Supremo N° 010-97-SA-13 previamente a la Digemid. Sin embargo, la obligación de esta industria es mayor a una inscripción. A partir de la figura anterior, se pueden identificar los siguientes grupos: i) Entes reguladores y de control del sector público; ii) Prestadores del servicio; iii) Proveedores; iv) Comprador o pagador privado o público; y v) Pacientes.

Al existir un diverso número de agentes en el flujo de la salud —principalmente en la compra de medicamentos— se hace inclusive, más necesario, generar herramientas que permitan difundir la transparencia, administrando los riesgos en cada una de las etapas e interacciones que pudieran tener los agentes, lo que permitiría mitigar la posibilidad de conductas corruptas. Un ejemplo que precisa el Informe de TI (2006) es el siguiente:

La presencia de tantos actores exacerba las dificultades para generar y analizar la

información (...) por ejemplo, en el ministerio, en el directorio de un hospital público o en un consultorio de asistencia municipal, el personal administrativo, los encargados de compras, los farmacéuticos, los empleados de oficina o los pacientes pueden desviar o asignar indebidamente los fondos. Además, la participación de tantos actores multiplica el número y el tipo de intereses que estimulan una conducta corrupta (Informe de TI, 2006, p. 7). (El subrayado es nuestro).

En esa medida, es natural que los grupos que forman parte de esta cadena de suministro puedan incurrir en inconductas para obtener beneficios propios; para el caso específico de las farmacéuticas sería con el móvil de lograr una mayor presencia en el mercado. De esta manera, al existir diferentes partes, personas, sistemas, procesos, regulación, entre otros, se complejiza distinguir cuándo se está frente a un error administrativo —sin dolo— y cuándo frente a un acto de corrupción.

En síntesis, la incertidumbre del sector, la asimetría de información y el gran número de agentes involucrados incrementan las probabilidades de descontrol de las conductas de los funcionarios, así como, el espacio que toma la corrupción en la salud. Frente a ello, la fijación de controles preventivos, como la mitigación de riesgos de conflicto de interés se hace más necesaria.

1.5 Gestión deficiente del conflicto de intereses

La industria farmacéutica mantiene una injerencia importante en el manejo de suministros médicos, investigación científica y comercialización de los mismos a nivel mundial. Lo anterior ha provocado que haya una relación constante desde el momento de la producción de la medicina hasta su distribución, con diversos profesionales en salud, especialmente los médicos.

No obstante, en algunas oportunidades dicha relación se ha distorsionado y provocado que dichos profesionales en salud pierdan la objetividad. Así, el investigador Kassirer en el Informe de TI (2006) sobre corrupción en salud, sostiene que actúan como “comercializadores de los productos, actuando como consultores o representantes remunerados de las empresas” (p. 105). En esa medida, son las relaciones entre la industria propiamente y los actores en salud lo que produce “una forma sutil de corrupción, que escapa de la supervisión y a los desafíos legales” (p. 105).

Si partimos de la información recogida por el Informe de TI (2006), en los últimos años la industria farmacéutica ha invertido más de 16 mil millones de dólares en *marketing* y publicidad para conocimiento de los médicos de forma anual. De dicha cifra, 2 mil millones fue una inversión en reuniones de negocio, eventos de difusión y otras actividades para médicos y profesionales de la salud. De igual modo, el sector farmacéutico destina entre 1000 a 5000 dólares en pagos a médicos a fin de que participen como consultores o miembros de comité de asesores; sin tomar en consideración la presencia de constantes reuniones con visitadores médicos, quienes tienen por objetivo la difusión del producto (p.105).

Adicionalmente a lo anterior, las empresas farmacéuticas invitan con todos los gastos pagados a diferentes profesionales en la salud, principalmente médicos, a capacitaciones de actualización en medicamentos en el extranjero. Esto podría cuestionar qué intereses son los que defienden al momento de hacer un requerimiento de compra.

Las reuniones, comidas, viajes, regalos y entretenimiento a los que son invitados por parte de las empresas farmacéuticas, bordean los límites de la ética. Desde un punto de vista racional, es natural que las empresas busquen difundir la marca de la empresa o el producto nuevo; sin embargo, la forma en cómo se fomenta el producto hace que el profesional de la salud o el médico pueda pensar que se encuentra “en deuda” por lo recibido.

De esta manera, los profesionales de la salud se benefician de los resultados de la relación económica entre las grandes empresas farmacéuticas y el personal en salud, quienes constantemente apoyan la labor de comercialización y difusión de los productos médicos a través de conferencias, consultorías e investigaciones. Por ejemplo, en el Informe de TI (2006) también se menciona que cuando Kassirer se encontraba como editor del *New England Journal of Medicine* le fue muy complejo encontrar nuevos columnistas profesionales en la salud sin conflicto de interés, pues la mayoría se encontraba vinculado económicamente con una o varias empresas farmacéuticas del mercado.

Por otra parte, el problema de puertas giratorias de funcionarios entre el sector público y el sector privado dentro de una misma área ha obligado a establecer medidas que mitiguen los riesgos de conflicto de interés, a fin de que resguarden las decisiones públicas de una indebida injerencia del sector público. En este punto, Serrano señala que “esto provoca en la

mayoría de casos, una ventaja de información al momento de negociar contratos, licitaciones o cualquier otro tipo de trato relacionado a la administración pública” (Citado en Informe de TI, 2006, pp.150-151).

Tal y como se ha advertido, la contratación pública de medicamentos se regula por criterios específicos y cada vez más apoyados en la tecnología, como lo es la subasta inversa electrónica o la figura del convenio marco. Sin embargo, pese a que no todo el sistema de compra pública de medicamentos se sujeta a este procedimiento, continúan apareciendo casos de corrupción en la contratación de medicamentos, lo que evidencia la vulnerabilidad de nuestro sistema.

En línea con lo anterior, en el Informe de TI (2006) se menciona que existen muy pocos mecanismos de integridad y ética para los profesionales en salud, médicos, compradores, funcionarios de alto nivel a cargo de la toma de decisiones en el sector público. Asimismo, la falta de códigos de conducta, capacitaciones, políticas de prevención de conflicto de interés y herramientas que reduzcan los riesgos de corrupción son factores centrales para establecer una primera línea de defensa contra la corrupción.

La finalidad de tener una regulación específica sobre conflicto de intereses que desprenda directrices, lineamientos y políticas transversales, específicamente para los funcionarios cercanos a la compra pública de medicamentos hace que la gestión sobre los conflictos de intereses sea necesaria y útil en pro de la transparencia e integridad de los procesos y funcionarios a cargo. En definitiva, y conforme podremos advertir en los siguientes puntos, no solo nos enfrentamos ante la necesidad de adoptar buenas prácticas de prevención, sino que también confrontamos los riesgos inherentes a las particularidades del ser humano.

1.6 La teoría del triángulo del fraude y la psicología moral

La comisión de una falta de carácter ético por un funcionario o servidor público es una conducta ejercida por el ser humano y como tal es una conducta de carácter moral desplegada por una persona con la finalidad de tomar una ventaja personal. El ámbito de la administración pública es uno de los focos más propensos en el que se cometen actos que vulneran la ética e integridad pública, por ejemplo, los actos de corrupción. Conforme se ha advertido en los puntos precedentes, el conflicto de interés en varias ocasiones ejerce el rol

de antesala a la misma.

En este contexto, delimitar los aspectos psicológicos que llevan a los funcionarios o servidores públicos a cometer tales actos, así como, analizar los procesos internos mediante los cuales se ejecutan, forma parte de la investigación. Lo anterior brinda un panorama general de factores no analizados por la legislación y que justamente sostiene la tesis sobre la vulnerabilidad del ser humano en la comisión de faltas de carácter ético o fraudes. Esto demuestra no solo la vulnerabilidad de nuestro sistema de integridad pública, sino también la necesidad de establecer controles y actividades en pro de la prevención.

En lo que respecta a la psicología de la corrupción, el catedrático de psicología y economía conductual de la Universidad de Duke, Dan Ariely (2012) señaló que “los seres humanos tenemos la habilidad de mentir —no solo a otros, sino que también a nosotros mismos—, se trata de una estrategia útil para creernos nuestras propias historias y salirnos con la nuestra a través del engaño” (p. 68). Es decir, el ser humano por naturaleza suele ser más propenso a la comisión de una falta de carácter ético y de —incluso— validarla como si fuera una conducta “correcta o adecuada”.

Desde este enfoque se han ido desarrollando una serie de propuestas para la evaluación, predicción y prevención de faltas éticas. Algunos autores como Ardines, Santana y García (2018) consideran que sí es posible cumplir con estas metas centrando esfuerzos en el desarrollo de la ética personal e instruyendo a la ciudadanía y, en especial, a los funcionarios en valores morales, tales como “honradez, honorabilidad y transparencia” (p. 84). En la misma línea de investigación, Bautista (citado por Ardines, Santana y García, 2018, p. 85) sostiene que para combatir el fenómeno de la corrupción es necesario educar a los funcionarios en ética pública.

No obstante, si bien es válida la tesis de confrontar a la corrupción a través de la educación en valores, consideramos que es un mecanismo que se puede utilizar a largo plazo, procurándose a través de las políticas públicas la instrucción de un alto nivel de desarrollo moral, que según Kohlberg (citado por Ardines, Santana y García, 2018, p. 89) consta de tres niveles:

- a) **Nivel pre-convencional:** en este nivel los sujetos no tienen ideas claras sobre las reglas sociales ni el concepto de autoridad. Es un estadio por lo general de los niños que no superan los 10 años de edad, quienes no comprenden por qué se les castiga; sin embargo, entienden que sus conductas tienen un reproche.
- b) **Nivel convencional:** en este nivel los sujetos actúan de una manera más consciente, entendiendo el rol que cumplen en la sociedad y lo que supone el concepto de autoridad.
- c) **Nivel post-convencional:** este nivel es alcanzado por muy pocas personas a partir de los 25 años de edad. Asimismo, comprende que el sujeto entienda de forma clara su rol dentro de la sociedad, el concepto de autoridad e ir más allá: lograr una sociedad mejor para todos con sus principios o valores.

Como se puede advertir, lograr el máximo nivel de desarrollo moral implica que el sujeto se encuentre en una edad madura, así como, educar en ética pública a los ciudadanos desde los niveles escolares inferiores, siendo la propuesta de educación en valores para combatir el fenómeno de la corrupción un instrumento mediato. Sin embargo, dada la particularidad del sector salud es fundamental evaluar una propuesta de evaluación, predicción y prevención de faltas éticas de aplicación inmediata.

En palabras de Galvis Castañeda (2017), un primer paso para buscar instrumentos de aplicación inmediata es mitigar los riesgos que genera la corrupción. Para ello es relevante tener presente que la corrupción es un proceso adaptativo con capacidad de adaptación y sobrevivencia. En esa medida, la actividad de prevención debe estar centrada en la implementación de controles útiles que eviten la comisión de conductas antiéticas.

En relación al proceso o mecanismo de la corrupción, una teoría clásica es la denominada “teoría del triángulo del fraude”, propuesta por el criminólogo estadounidense Donald Cressey en los años 60 y que a la fecha no ha tenido cambios sustanciales. En concreto, esta teoría busca responder a la pregunta: ¿por qué las personas cometen fraudes? Al respecto, se ha considerado pertinente desarrollarla, en tanto la respuesta es aplicable al tema de la investigación. Esta teoría está compuesta de tres variables:

- a) **Presión:** generalmente esta variable ha sido entendida desde un aspecto financiero. Sin embargo, no es limitativo, pues puede estar referida al cumplimiento de una necesidad económica personal o familiar, que no puede ser resuelta con medios legítimos.

Esta necesidad en el caso de contratación pública en el sector salud, puede darse debido a una presión jerárquica por temor a perder el cargo, por una necesidad económica familiar, por solventar un estilo de vida y no perderlo; entre un sinnúmero de variable no controlables por un sistema de integridad o la regulación.

- b) **Racionalización:** esta variable tiene que ver con la actividad interna del sujeto que realiza el acto de corrupción para justificar la acción.

Por ejemplo, funcionarios públicos que después de cometer el acto fraudulento tratan de justificarlo, dando entre otras razones, sueldos incapaces de otorgarles un buen estilo de vida, presión jerárquica o las justificaciones más recurrentes que se resumen en las siguientes frases: “solo lo hice esta vez” o “todos lo hacen”.

- c) **Oportunidad:** esta variable está referida a las circunstancias que facilitan el acto fraudulento. Entre ellas se debe tener en cuenta la posición del sujeto, las debilidades del sistema, la ausencia de controles, etc.

En el caso del sistema de contratación de medicamentos del sector salud, podría darse, por ejemplo, en la ineficacia de la normativa actual, la ausencia de instrumentos, los vacíos de aplicación legal; de modo que, la carente situación de políticas de prevención se convierte en una oportunidad latente para cometer actos de corrupción en el sector salud.

Dado que se ha desarrollado el proceso del fraude expuesto por el criminólogo Cressey —desde las teorías más reconocidas por la doctrina a nivel mundial— se pueden aplicar tales elementos para la elaboración de instrumentos inmediatos de evaluación, predicción y prevención de faltas éticas, únicamente para el caso de la variable de “oportunidad”, pues conforme se ha descrito los otros dos elementos de “presión y racionalización” dependen exclusivamente de factores externos no controlables por parte de la legislación, programa de integridad o cualquier otro elemento aplicable.

A fin de establecer un plan de acción respecto de la variable “oportunidad”, se deben fijar controles que permitan la delimitación precisa de actuación de los servidores o funcionarios públicos en temas de ética en normativas como el Código de Ética del Funcionario Público, guías o protocolos internos de las entidades, para que estos “normalicen y/o permitan predictibilidad respecto de los comportamiento profesionales” (López y Sánchez, 2011, p. 40), lo que justamente reforzará los sistemas de control, así como, las comunicaciones, capacitaciones y demás actividades que permitan acentuar un clima adecuado de trabajo entre los funcionarios públicos, en pro de la integridad pública.



CAPÍTULO II

Lineamientos internacionales, la experiencia en otros países y el comparativo con el sector privado. ¿Una alternativa de solución?



2.1 Lineamientos internacionales

La normativa internacional referida a conflictos de intereses no ha encontrado un desarrollo autónomo en el derecho comparado. Asimismo, su tratamiento ha sido desarrollado mediante instrumentos internacionales que buscan prevenir la corrupción desde diferentes frentes. De esta manera, las convenciones y/o tratados internacionales, así como, las recomendaciones de Organismos como la OCDE y Transparencia Internacional han establecido una serie de lineamientos que entre otros temas han tratado la prevención de conflictos de interés en materia de contratación pública.

La creación de estos instrumentos internacionales obedece al impacto que la corrupción genera en todos los ámbitos de la administración pública y en general en otros espacios de la sociedad política, dado que sus efectos alcanzan no solo un ámbito local, sino también internacional. Se ha entendido que no trabajar en instrumentos preventivos de la corrupción, limita el desarrollo económico y atenta contra la calidad de vida de los ciudadanos, lo que en el sector salud se ha identificado en el ámbito de la compra pública de medicamentos.

Desde ese contexto, de forma inicial, los Estados optaron por desarrollar políticas que permitían prevenir la corrupción, las cuales incluyeron “una serie de mecanismos: reforma del Estado, fortalecimiento de las instituciones gubernamentales, promoción de la participación del sector privado y la sociedad civil, entre otras alternativas más” (Kochi, 2002, p. 97). Sin embargo, es en la aplicación de estos mecanismos donde se presenta el margen de error.

Al respecto, debido a ello a finales de la década de los 90 la problemática se convirtió en un tema de interés para la comunidad internacional dando por consolidado el institucionalismo internacional. Según Keohane (citado por Kochi 2002), la cooperación entre naciones es posible a través de instituciones o instrumentos internacionales; por ejemplo, organismos internacionales, convenciones y/o tratados internacionales, inclusive como parte de la labor realizada por las organizaciones no gubernamentales, como es el caso de Transparencia Internacional, cuyos lineamientos permiten tener claridad respecto del estándar esperado en temas de integridad y prevención de la corrupción para la administración pública.

Así pues, producto de la consolidación del institucionalismo internacional en materia de corrupción, se establecieron los siguientes tratados y/o convenciones internacionales: la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos de 1996 (en adelante, OEA) y la Convención de la Organización de Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, ONU o Naciones Unidas), adoptada por su Asamblea General, el 31 de octubre del 2003; ambas suscritas por el Perú. En cuanto a los lineamientos internacionales relevantes abordados en materia de conflicto de intereses, encontramos el Informe de la OCDE del 2004 sobre “La gestión de los conflictos de intereses en el servicio público”, así como, las recomendaciones del estudio sobre integridad del Perú realizado por el mismo organismo en el 2016. Por otra parte, Transparencia Internacional desarrolla los conceptos claves en materia de conflicto de interés en la compra pública, así como, el esquema general de herramientas de integridad para una efectiva administración pública.

2.1.1 La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos

En el año 1992, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA a cargo emitió opiniones consultivas en asuntos jurídicos referidos a la promoción del desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y de estudiar la posibilidad de uniformar las legislaciones de los países del continente (OEA, 2019). A su vez, entendió la importancia de hacer frente a la corrupción e incorporó el tema en su agenda¹⁶. Dos años más tarde, en 1994 en una de sus sesiones se estableció la necesidad de estudiar las pautas generales para un proyecto de recomendación sobre la legislación interna y acuerdos internacionales. Otro suceso importante que se dio en el mismo año fue que la problemática de la corrupción se incluyó en la Agenda de la Cumbre de las Américas celebrada en Miami en diciembre de 1994, iniciativa del vicepresidente ecuatoriano y del entonces presidente de Venezuela, Rafael Caldera.

Cabe señalar que a cinco días de culminada la Cumbre de las Américas, el proyecto de la Convención fue presentado por Venezuela. Este fue remitido al grupo de trabajo de la OEA,

¹⁶ En el mismo año, Chile solicitó a la Asamblea General de la OEA incluir en la Agenda del Comité Jurídico Interamericano el aspecto de “probidad y ética cívica”. A razón de ello, se creó el grupo de trabajo “Grupo de Trabajo, Probidad y Ética Cívica”, encargado de recopilar y analizar la normativa vigente de los Estados Parte en materia de prevención y lucha contra los conflictos de interés y corrupción.

a efectos de que se recojan las observaciones de los demás Estados. Finalmente, se elaboró la Convención tomando como base el proyecto inicial, el cual se oficializó en Caracas en marzo de 1996, constituyéndose como el “primer documento internacional vinculante, dedicado íntegramente a la lucha contra la corrupción” (Benito, 2008, p. 12). Los artículos más relevantes para efectos de la investigación, se centran en los siguientes puntos:

| Convención Interamericana contra la Corrupción | | |
|------------------------------------------------|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Artículo | Tema | Descripción |
| Artículo II | Propósito | 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio. |
| Artículo III | Medidas preventivas | 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta. (...). 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda. 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción. (...). 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno. 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas. |

Figura 5. Artículos de prevención en temas de ética e integridad para Estados Parte.

Fuente: Adaptado de los artículos I y II de la Convención Interamericana contra la Corrupción.

Desde que entró en vigor el 06 de marzo de 1997, el objetivo principal de esta convención fue “prevenir, detectar, penar y erradicar la corrupción de funcionarios públicos en contextos nacionales e internacionales” (Kochi, 2002, p. 108). En ese sentido y conforme se podrá advertir, genera una obligatoriedad en los Estados Parte de fomentar y promover medidas a

favor de la prevención del conflicto de interés en el servicio público. Resulta importante resaltar el reconocimiento dentro de la Convención al conflicto de interés como herramienta preventiva de corrupción, lo que a su vez, fomenta la transversalidad de dicho concepto en la administración pública.

2.1.2 La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2003, se ha llegado a consolidar en la región como un instrumento legal más desarrollado y completo en materia de prevención y lucha contra la corrupción, en comparación con la Convención de la OEA.

El antecedente a esta Convención ocurrió en la Asamblea General de las Naciones Unidas llevada a cabo en el año 2000 aprobándose la Resolución 55/61¹⁷, en la cual se reconoció la conveniencia de implementar un instrumento jurídico internacional eficaz en la lucha contra la corrupción.

Para su elaboración, la Asamblea General dispuso que el secretario general analice la normativa internacional vigente sobre corrupción haciendo especial énfasis en lo siguiente: i) tipificación penal de todas las formas de corrupción; ii) cooperación internacional; iii) aspectos normativos relacionados a la corrupción, entre ellos, el conflicto de intereses; y iv) el involucramiento del sector privado¹⁸.

Los artículos más relevantes en temas de conflicto de interés y obligaciones de gestión de intereses son los siguientes:

| Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción | | |
|-----------------------------------------------------------|---------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Artículo | Tema | Descripción |
| Artículo 1 | Finalidad | a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; (...) c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas, la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. |
| Artículo 5 | Medidas preventivas | 1. Cada Estado Parte (...) formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley; así como, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas. |

¹⁷ Cabe mencionar que la Resolución 55/61 fue aprobada en el quincuagésimo quinto periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, siendo el tema 105 de la Agenda.

¹⁸ Los puntos centrales que se han señalado constan expresamente en la Resolución 55/61, punto 3, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas del año 2002.

| | | |
|-------------|----------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | <p>2. Cada Estado Parte procurará establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción.</p> <p>3. Cada Estado Parte procurará evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción.</p> <p>(...)</p> |
| Artículo 7 | Sector público | <p>1b) Incluirán procedimientos adecuados de selección y formación de los titulares de cargos públicos que se consideren especialmente vulnerables a la corrupción, así como, cuando proceda, la rotación de esas personas a otros cargos (...).</p> <p>d) Promoverán programas de formación y capacitación que les permitan cumplir los requisitos de desempeño correcto y honorable debido a sus funciones y les proporcionen capacitación especializada y apropiada para que sean más conscientes de los riesgos de corrupción inherentes al desempeño de sus funciones. Tales programas podrán hacer referencia a códigos o normas de conducta en las esferas pertinentes.</p> <p>4. (...) de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.</p> |
| Artículo 8 | Códigos de conducta | <p>Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico:</p> <p>3. (...) Promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.</p> <p>4. (...) La posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>5. (...) La posibilidad de establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.</p> |
| Artículo 9 | Contratación pública | <p>(...) deberán adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.</p> |
| Artículo 12 | Sector privado | <p>Medidas de prevención de la corrupción (...) en el sector privado:</p> <p>b) Promover la formulación de normas y procedimientos encaminados a salvaguardar la integridad de las entidades privadas pertinentes, incluidos códigos de conducta para el correcto, honorable y debido ejercicio de las actividades comerciales y de todas las profesiones pertinentes y para la prevención de conflictos de intereses, así como, para la promoción del uso de buenas prácticas comerciales entre las empresas y en las relaciones contractuales de las empresas con el Estado.</p> <p>(...)</p> <p>e) Prevenir los conflictos de intereses imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo.</p> <p>(...)</p> |

Figura 6. Artículos de prevención en temas de ética e integridad para los Estados Parte.

Fuente: Adaptado de los artículos 1,5,7,8,9 y 12 de la Convención Naciones Unidas contra la Corrupción.

A partir de la información expuesta en la figura anterior, se pueden encontrar elementos importantes que promueven su aplicación entre los Estados Parte de las Naciones Unidas. Entre ellos, el más resaltante es la importancia de la capacitación y entrenamiento en temas de integridad, código de conducta de la función pública, así como, la prevención de los conflictos de interés; no solo desde una óptica del ámbito público, sino también, el necesario involucramiento del sector privado. Esto último resulta una novedad teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas fue aprobada en el 2003.

2.1.3 Análisis comparativo entre la Convención Interamericana y la Convención de Naciones Unidas en la lucha contra la Corrupción

Las convenciones internacionales que hasta ahora se han venido desarrollando constituyen elementos centrales, en materia de prevención y lucha contra la corrupción. Conforme se analizará a continuación, el conflicto de interés y, específicamente, la promoción de las medidas de transparencia en la contratación pública han sido tópicos abordados por organismos internacionales como la OEA y la ONU. Debido a ello, se realizará un estudio comparativo a partir de sus estructuras enfocándonos esencialmente en el tratamiento que tiene cada una respecto al conflicto de interés en la administración pública y su aplicación en el marco de la contratación pública.

Medidas o normas de carácter preventivo sobre conflictos de intereses y contratación pública.

En ambas convenciones internacionales, las medidas preventivas no están dotadas del carácter vinculante esperado. Si bien son tratados internacionales suscritos por Estados, lo real es que se han limitado únicamente a solicitar a los Estados la implementación de medidas, mecanismos, sistemas, entre otros, que tengan por fin prevenir actos de corrupción. Inclusive, los términos utilizados en ambos casos se centran en “promover, incentivar o fomentar” y salvo algunas excepciones los verbos “adoptar, implementar o aplicar” son empleados. De acuerdo con lo anterior, únicamente se exhorta a los Estados a considerar la aplicabilidad de estas medidas dentro de sus propios sistemas institucionales, considerarlas cuando sean apropiadas y

utilizarlas en respeto de sus principios fundamentales estipulado en su ordenamiento jurídico estatal.

De lo expuesto se entiende que respecto a este tipo de medidas, los Estados tienen un margen amplio de discrecionalidad en cuanto a su desarrollo, cuando lo ideal sería que este tipo de normas de carácter preventivo estén dotadas de una fuerza vinculante mayor e incluso exigible a los Estados —cuando las normas de carácter sancionador se les da más fuerza— puesto que, como sostiene Malaret (2016), lo más fácil es introducir medidas “represivas o sancionadoras”; sin embargo, se obvia que cuando se tipifican conductas el impacto ya ha sido generado. En ese sentido, una política eficaz de integridad debe “inclinarse por la prevención de la mejora de las reglas, estructuras y procesos” (Malaret, 2016, p. 52).

En lo que corresponde al objeto de esta investigación, se resalta que en ambas convenciones internacionales se enfatiza la implementación de códigos de conducta llamados también código de ética, con el fin orientar el ejercicio de la función pública. Se recomienda también implementar sistemas de declaración de ingresos y, asociado a ello, se estipula orientar la creación de un sistema eficaz que garantice el correcto procedimiento íntegro e independiente de una denuncia por actos de corrupción. Asimismo, se hace énfasis en maximizar la transparencia de la información pública como instrumento de prevención y control por parte de la ciudadanía. Por otra parte, se rescata también el rol que se le otorga a las organizaciones no gubernamentales, con lo que se busca dinamizar la participación civil.

Cabe señalar que cada una de las medidas preventivas señaladas y orientadas a prevenir conflictos de interés, ha sido implementada por el Estado peruano de forma progresiva. Conforme se podrá advertir más adelante, la regulación peruana en materia de ética e integridad es reciente; por ejemplo, en el año 2018 se emitió el Decreto Supremo N° 080 – 2018 – PCM, mediante el cual se obliga a los funcionarios y servidores públicos que cuentan con capacidad de decisión y manejo de fondos públicos en el Poder Ejecutivo a presentar declaraciones juradas de intereses. Otro ejemplo, se desprende de la reciente creación en el año 2018 de la Corte Superior de Justicia Especializada en Delitos de Crimen Organizado y de Corrupción de funcionarios. Por último, como

ejemplo actual tenemos la Resolución Ministerial N° 099 – 2019 – PCM, con la cual se aprobó el Código de Conducta y Ética del Ministerio de Economía y Finanzas.

Con los ejemplos expuestos, pretendemos hacer notar que debido a la exigibilidad permisiva que tienen las medidas preventivas dentro de ambas Convenciones Internacionales, los Estados ejercen un desarrollo normativo bastante sosegado. Tal es el caso del Perú, que años después de la entrada en vigencia de ambos instrumentos, aún viene implementando medidas preventivas básicas para prevenir conflictos de interés en la administración pública.

Por otra parte, en cuanto a la contratación pública se refiere, se han establecido los siguientes estándares de prevención: la Convención Interamericana exige que el sistema de contratación pública tanto de funcionarios como de bienes y servicios, sea llevado a cabo a través de un proceso que garantice la publicidad, equidad y eficiencia. De modo que se recogen estos tres principios como elementos medulares de todo proceso de contratación pública.

A su vez, la Convención de las Naciones Unidas en cuanto a la contratación pública tiene un desarrollo más incisivo, pues exige que los Estados garanticen un sistema apropiado de contratación pública que se rija por la transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces para prevenir la corrupción (numeral 1, del artículo 9° de la Convención). Para dicho sistema de contratación se estipulan como estándares mínimos de protección los siguientes: i) difusión pública de información relativa al procedimiento de contratación públicos y contratos; ii) formulación y publicación previa de las condiciones de participación, selección, adjudicación y reglas de licitación; iii) verificación ulterior de la correcta aplicación de las reglas y procedimientos en la contratación pública; iv) mecanismos internos eficaces que garanticen el respeto a las reglas y procedimiento de contratación cuando se advierte su quebrantamiento; y v) adopción de medidas instructivas al personal encargado del proceso de contratación pública, en particular sobre las declaratorias de interés respecto de determinado proceso de contratación pública. Conforme se pretende señalar, no solo se centra en el organismo a cargo de la compra,

sino que se involucra en todo el proceso, desde la selección hasta la ejecución del contrato de compra.

Si bien los estándares recogidos por las Naciones Unidas tienen un desarrollo más extenso en comparación con la Convención Interamericana; cada uno de ellos se puede enmarcar dentro de los tres principios generales que recoge esta última:

a) Principio de publicidad

Este principio en materia de contratación pública tiene una aplicación amplia. De forma general tiene como fin incrementar las posibilidades de controlar el proceso de contratación pública tanto por parte de los órganos competentes de hacerlo como posibilitar el escrutinio de la ciudadanía.

De otro lado, en forma específica, en el marco del proceso de contratación pública implica el respeto de cada uno de los estándares que recoge el numeral 1 del artículo 9º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En resumen, se busca que la administración pública no lleve a cabo un proceso de contratación pública en “secreto y sin debate”.

b) Principio de equidad

Con este principio se busca respetar la competencia leal entre empresas inmersas en el proceso de contratación pública, lo que guarda relación directa con la exigencia de mecanismos internos eficaces que garanticen el respeto a las reglas y procedimiento de contratación cuando se advierte su quebrantamiento; es el estándar que recoge la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Así también, Zuppi (1998) sostiene que este principio guarda relación directa con el principio de justicia y plantea, por ejemplo, que un contrato público de servicios públicos debe tener tarifas justas y razonables que den una ganancia proporcionada al contratista, lo cual permite impedir la explotación del usuario.

c) Principio de eficiencia

Según afirma Zuppi (1998), este principio impone una obligación de resultado que permite evaluar cuál es la eficiencia del gasto o inversión pública en la contratación estatal. Por tanto, la ineficiencia de un contrato de compra pública es ilegal y debe generar responsabilidad en los servidores públicos responsables.

Para concluir, Malaret (2016) señala que en cuanto a prevención de conflictos de intereses en la contratación pública, los remedios han sido generalmente compartidos en los instrumentos internacionales. De modo que en base a estos últimos han surgido dos orientaciones centrales: “i) fomentar y ampliar la transparencia para garantizar la información y la participación del más amplio número de operadores y en consecuencia favorecer la competencia efectiva; y ii) incentivar e incrementar el profesionalismo” (p. 27). Estas se advierten de los estándares desarrollados.

Puesto que ambas orientaciones constituyen la base sobre la cual reposan las demás sugerencias que exponen ambos instrumentos internacionales a los Estados Parte, se parte de la premisa general de que la violación al principio de integridad en el marco de la contratación pública está vinculada directamente a la ausencia de transparencia.

Capacitación e instrucción de funcionarios públicos frente a la represión de inconductas en materia de integridad.

Sobre el carácter represivo de las normas internacionales en materia de corrupción, Cerina (2018) señala que sobre el tema existe una excesiva proliferación de instrumentos internacionales, en lugar de perfeccionar o complementar un único instrumento a través de la capacitación o instrucción de los propios funcionarios públicos al interior de las entidades. Debido a ello para tal autor, existe un “error legislativo”, al pretender sancionar conductas corruptas, sin analizar en concreto el tipo de corrupción que se desarrolla y las causas previas al acto corrupto: la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción supera por tres veces su desarrollo y por primera vez introduce el concepto de capacitación no solo de los funcionarios, sino el establecimiento de políticas y normativa interna sobre integridad pública, así como, la relevancia de ciertos preceptos éticos.

En relación con las medidas represivas expuestas, las que más se alinean en materia de conflicto de interés y contratación pública son las siguientes: soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y organizaciones; dado que el soborno llamado también compraventa de la función pública es un delito frecuente en la administración pública, especialmente en lo que corresponde a la compra pública, que

pone en cuestionamiento el ejercicio transparente de los funcionarios o servidores públicos de la función pública (IDEPUCP: 2019). Este aspecto se desarrollará en puntos posteriores de la investigación y se describirá cómo en la práctica puede ocurrir de diferentes maneras y generar un impacto.

Por su parte, la Convención de Naciones Unidas establece en su artículo 7º, la relevancia de los programas de formación y capacitación que permitan a los servidores y funcionarios públicos un desempeño honesto y honorable de sus funciones, principalmente, aquellos que se encuentren más expuestos a los riesgos de corrupción. De esta manera, estarían destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses.

Otras medidas.

En cuanto a la segunda diferencia, se puede afirmar que constituye uno de los aspectos más notables que se rescata de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y es que, a diferencia de otros instrumentos internacionales, incluye al sector privado dentro de su normativa (artículos 12º, 21º y 22º). Es decir, se ha preocupado exigir a los Estados que adopten medidas para prevenir la corrupción en el sector privado, de modo que se salvaguarde la integridad de las entidades privadas, para lo cual entre otros mecanismos se dispone la utilización de códigos de conducta, la divulgación de estados financieros, procedimientos apropiados de auditoría y certificación, entre otros.

Por último, en relación con la última diferencia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción contempla la responsabilidad de las personas jurídicas frente a los actos de corrupción. Así pues, se establece que las personas jurídicas tienen responsabilidad penal, civil o administrativa según corresponda. Ante ello, se exige a los Estados imponer sanciones penales o no penales eficaces, proporcionadas y disuasivas, incluidas las sanciones monetarias a las personas jurídicas responsables por actos de corrupción.

2.1.4 La Convención y la gestión de los conflictos de interés en el servicio público según la OCDE

La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE (en adelante, Convenio la OCDE) fue el primer documento internacional de mayor proyección y que según Miranzo (2018) tuvo un “verdadero alcance en materia de lucha contra la corrupción” (p. 57). Asimismo, fue aprobada y firmada el 17 de diciembre de 1997. No obstante, se retrasó su entrada en vigor hasta el 15 de febrero del año 1999.

El antecedente de este convenio se remonta a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1997: Foreign Corrupt Practices Act de 1977, que se dio en los Estados Unidos de Norteamérica, a través de la cual se criminalizó el pago de sobornos de firmas estadounidenses a funcionarios públicos en el extranjero. En palabras de Miranzo (2018), “esto permitió establecer un mejor estándar de competencia entre empresas y su obligación de lucha contra la corrupción” (p. 59). Esto demuestra la existencia de consenso entre lo privado y lo público.

De acuerdo con el Ministerio de Justicia de España (2015), el Convenio de la OCDE tiene muy claro el siguiente objetivo: “penalizar a las empresas y a las personas que, en sus transacciones económicas internacionales, prometan o den gratificaciones u otros beneficios a agentes públicos extranjeros, con el fin de beneficiarse en sus negocios” (p. 12). Para tal fin, entre otras medidas, considera la responsabilidad de las personas jurídicas, exigiendo a los Estados la tipificación del cohecho como conducta delictiva; estipula estrictos procedimientos de supervisión de cumplimiento en el entendido de que la Convención exige a los Estados la imposición de sanciones de carácter civil, administrativo y penal por concepto de omisiones, alteración, fraude, falsificación de registros, cuentas, estados financieros y libros; así como, la evaluación continua de los procedimientos (Miranzo, 2018, p. 58). Todo ello través de mecanismos de seguimiento que permitan determinar cuál es el grado de avance e implementación normativa en relación al cohecho en cada uno de los Estados. En síntesis, la Convención de la OCDE estipula mecanismos de seguimiento a los avances normativos que los Estados implementen progresivamente.

Por otra parte, es importante resaltar que la OCDE no se ha limitado a la creación de esta Convención en materia de soborno internacional, sino que juega un rol destacable en el desarrollo de la gestión de conflictos de interés sobre los países miembros que la conforman y de los que aspiran a integrarla, como es el caso del Perú. Esta es la actividad que ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años de manera paulatina y con base a la cual ha establecido estándares en esta materia.

Asimismo, la OCDE realizó una encuesta a sus países miembros en el año 2001 para que dos más años después el Comité de Gestión Pública aprobara las directrices en materia de gestión de conflictos de intereses. Tales directrices se enfocan en cinco aspectos fundamentales:

a) Marco normativo institucional de ética pública y gestión de conflictos de intereses

Sobre este punto, la OCDE ha establecido como directriz que los Estados definan al conflicto de interés dentro de su ordenamiento jurídico. Para simplificar las cosas, la OCDE ha establecido que este concepto debe ser entendido desde dos enfoques: por un lado, desde una manera descriptiva debe encargarse de definir a las situaciones de conflictos de interés de forma general; en cambio, desde un enfoque preceptivo “define a una serie de situaciones precisas que se consideran incompatibles con un cargo público o que se oponen al interés general y a las funciones públicas” (Ministerios de Administraciones Públicas de Madrid, 2004, p. 53).

b) Proporcionar orientación sobre ética y conflictos de interés

Para ajustarse a este estándar es necesario que la orientación se brinque en todos los niveles jerárquicos de la función pública. De igual forma, es necesaria la reglamentación jurídica de los conflictos de interés. Al respecto, un mecanismo clave para cumplir este estándar son los códigos de ética, con la salvedad de que no se deben limitar a estipular principios generales que orienten la función pública (conflicto de interés descriptivo), sino que deben materializar un concepto preceptivo del conflicto de interés.

c) Aportes de capacitación

Con esta directriz se busca que los Estados miembros de la OCDE brinden una capacitación continua a sus funcionarios y/o servidores públicos.

d) Asegurar el control, seguimiento y evaluación eficaz de los conflictos de interés

Tales mecanismos deben ser desarrollados teniendo una idea clara de los objetivos de los conflictos de interés: asegurar el ejercicio imparcial y desinteresado de las funciones públicas, sin interferencias de intereses privados a fin de promover la integridad de los empleados públicos; y reforzar la confianza de la ciudadanía en las instituciones públicas (Ministerio de Administraciones Públicas de Madrid 2004, p. 54).

2.2. Derecho comparado: la experiencia en otros países

La importancia de que los funcionarios públicos sirvan al interés general y prevalezca un marco de integridad en las actuaciones del día a día, así como, la identificación adecuada de las situaciones de conflicto de intereses entre lo público y privado, ha sido prioritario para algunos países en el mundo. De esta manera, cada país con sus particularidades especiales, ha avanzado en la promoción de la integridad —específicamente— en el ámbito de la prevención del conflicto de interés, con políticas específicas, capacitaciones, herramientas de reporte y demás medidas que han permitido mejorar la integridad al interior de sus entidades públicas.

Así pues, en este apartado se realiza una descripción de los alcances y avances vinculados con la experiencia en otros países. En palabras de la OCDE (2004), “una política eficaz de gestión del conflicto de intereses es, ante todo, un ente de razón propio de una sociedad madura, democráticamente avanzada” (p. 5). Por ello, la relevancia en la Unión Europea de la fijación de mínimos en materia de prevención de conflicto de intereses en la contratación pública, dentro de los cuales resalta el avance en la gestión de políticas públicas de Polonia y los recientes cambios a la regulación de contratación española.

Por otra parte, se recoge un panorama propio del *common law*, como lo es, Canadá; máximo referente de una política adecuada, estructurada y específica en materia de prevención del conflicto de intereses. Asimismo, se revisa lo implementando por Colombia, reciente nuevo miembro de la OCDE, que resulta ser un ejemplo para la región latinoamericana.

2.2.1. La experiencia europea: La Unión Europea, Polonia y la nueva regulación de contratación española

Los lineamientos generales de la Unión Europea.

De acuerdo con el Informe de la Comisión Europea (2013), los países que conforman la Unión Europea presentan una regulación del conflicto de interés en materia de contratación pública no uniforme. Es decir, algunos países la contemplan de forma directa en su normativa, a diferencia de otros Estados que han optado por tratar al conflicto de interés de forma indirecta, dentro de un supuesto más amplio, como por ejemplo: el uso indebido del cargo (p.10).

En esa medida, la Unión Europea como comunidad política de derecho se ha encargado de elaborar una normativa, a partir de la cual se desprenden lineamientos generales que sirven como guía. Por ejemplo, en el año 2012, mediante el Reglamento N° 966 – Normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión Europea, se exhortó a los Estados que garanticen lo siguiente en las etapas de contratación pública: ejecución, gestión e inclusive en los actos preparatorios, que sus funcionarios públicos no adopten conductas que impliquen un conflicto entre sus propios intereses y los de la Unión Europea. Conforme a la exigencia antes descrita, se definió al conflicto de intereses como aquella conducta que pone en duda el ejercicio profesional, imparcial y objetivo del agente por motivos familiares, afectivos, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario.

Por su parte, la Directiva 24/UE sobre “Contratación Pública” del año 2014 desarrolló en extenso toda la temática referida a la contratación pública: “Adquisición mediante un contrato público, de obras, suministro o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que estén o no destinados a un fin público” (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, artículo 1°, numeral 2).

Posteriormente, se definió al contrato público como: “contratos onerosos celebrados por escrito entre varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores,

cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o de la prestación de servicios” (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, artículo 2º, numeral 5).

Así también, se detallan las especies del contrato público: contratos públicos de obras, de servicio y de suministro: “los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra de productos. El contrato público de suministros podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación, siendo la compra pública de medicamentos un contrato público de suministro” (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, artículo 2º, numeral 8).

Los principios recogidos por esta regulación internacional son los siguientes: i) igualdad de trato; ii) proscripción de la discriminación; y iii) actuación de forma transparente y proporcionada, tal y como lo detalla el artículo 18º, numeral 1 de la directiva antes descrita. Por su parte, a través del artículo 24º, la regulación se encargó del conflicto de intereses en primer orden como una exigencia para que los Estados velen porque sus poderes adjudicadores implementen medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación.

De manera específica, el artículo 24º de la Directiva 24/UE define al conflicto de intereses dentro de la contratación pública como:

Cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento, tengan directa o personalmente que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación (Diario Oficial de la Unión Europea, 2014, p. 109).

Es importante resaltar que la regulación establece como criterio para dilucidar la existencia de un conflicto de intereses, la figura de la apariencia, lo que a título de terceros puede comprometer la imparcialidad del proceso. En esta medida, desde los lineamientos de la Unión Europea se analizará el tratamiento del conflicto de intereses en países que la integran, como el caso de Polonia y España.

Polonia: un ejemplo de prevención del conflicto de intereses en el sector público.

El 6 de diciembre de 1991 Polonia firmó el Tratado Europeo entre Polonia y las Comunidades Europeas, con el cual se abrió paso firme a su incorporación como miembro asociado de la Unión Europea, hecho que tuvo lugar el 1 de febrero de 1994. Desde entonces, Polonia tuvo que ajustar sus políticas sobre diversas temáticas a los lineamientos de la Unión Europea y uno de los temas era precisamente la gestión del conflicto de intereses. Así pues, tuvo la necesidad de implementar una administración pública moderna y profesional, siendo uno de sus primeros retos la fijación de límites entre intereses privados de los intereses públicos en el marco del ejercicio de la función pública en un Estado burocrático y con una administración compleja.

Lo anterior, según Villoria (2010) no debe advertirse como un reto complejo, pues parte de las democracias modernas utilizan la burocracia como una forma eficiente de organizar su administración pública; por ejemplo, un modelo burocrático profesional se basa en la racionalidad y el respecto a las leyes. En ese sentido, el alto grado de especialización que actualmente demanda el ejercicio de la función pública requiere no solo de funcionarios especializados, si no de políticas que acompañen los cambios estructurales de la administración pública (p. 2).

El primer objetivo de estos cambios fue redefinir el término “conflicto de intereses”. Es así que según las Líneas directrices de la OCDE (2004) y experiencias nacionales desarrolladas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, líneas directrices de la OCDE), tanto la Ley de la Función Pública del 18 de diciembre de 1998 como la Ley de Remuneración de los Gestores de determinadas Entidades Jurídicas del 3 de marzo del 2000, fueron evidencia de los esfuerzos que se realizaron para regular y controlar los diversos tipos de conflictos de intereses, que hoy en día encontramos en la regulación polaca:

a) Los conflictos de intereses genuino: según la regulación de Polonia, se refiere a “aquella situación en la que un cargo público tiene relación con una persona interesada en un asunto jurídico de manera tal que el resultado del caso pudiera tener consecuencias sobre sus derechos e intereses; o que la persona interesada tenga relación con el cargo público” (OCDE, 2004, p.193). En este caso, estamos

frente a un conflicto de intereses real, donde el conflicto de interés entre sujetos no atiende a una situación de apariencia.

b) Conflicto de intereses percibido: según la regulación de Polonia, se refiere a aquellas situaciones donde “surge una mera probabilidad de circunstancias que podrían crear una duda acerca de la neutralidad de actos del empleado público” (OCDE, 2004, p.193). Bajo este esquema se regulan los posibles y/o futuros supuestos que podrían contravenir los intereses públicos del Estado.

Las definiciones anteriormente descritas obedecen al establecimiento de un estándar mínimo de prevención por parte del Estado polaco que busca transparentar el ejercicio de la función pública, no limitándose a solo sancionar los conflictos de interés, sino principalmente a prevenir aquellas situaciones que puedan generar la apariencia de conflicto de interés. Así pues, según las líneas directrices de la OCDE (2004) en Polonia, la concepción tradicional que se tenía sobre conflictos de interés ha evolucionado. Actualmente, sus políticas se centran en los conflictos de intereses percibidos y no en los conflictos reales de interés, ello en concordancia con la tendencia de las políticas actuales que se orientan a jugar un rol preventivo en el tratamiento de los conflictos de interés.

Como principios esenciales señalados por las líneas directrices de la OCDE (2004) en relación a la experiencia polaca de corte prevencionista se recogen los siguientes preceptos: neutralidad política, igualdad de tratamiento entre los participantes en los procedimientos administrativos, la transparencia, el control de la gestión, limitaciones a actividades comerciales de los funcionarios públicos y de los titulares de cargos públicos, y la prevención. También se rescata que estos principios no se han limitado a estar contenidos en la Ley de la Función Pública, por el contrario, se han convertido en el sustento de la regulación sobre conflicto de intereses. Así, con base en ellos se han puesto en práctica mecanismos útiles de prevención considerando tres momentos importantes: antes, durante y después del ejercicio de la función pública (OCDE, 2004, p. 197).

De esta manera, según detalla el informe realizado por los lineamientos directrices de la OCDE (2004), en el caso de Polonia, los aspirantes a ocupar cargos públicos antes de su incorporación deben seguir un programa de formación especial que tiene por finalidad “capacitar, actualizar, dotar y/o perfeccionar al personal en un conocimiento específico de la administración pública” (p.196). Asimismo, entre otras materias, desarrolla la regulación de prevención sobre conflictos de interés y una vez realizada la designación en cargo público, a lo largo de la vigencia profesional del funcionario están obligados a presentar declaraciones patrimoniales, respecto de los cuales se hace un seguimiento constante y riguroso.

Los funcionarios públicos están obligados a presentar una declaración de intereses privados cuando ingresan a cumplir esta función; luego, se exige hasta antes del 31 de marzo de cada año presentar nuevamente sus declaraciones patrimoniales. Así también, cuando son cesados, despedidos y/o por alguna otra razón removidos del cargo deben presentar nuevamente su declaración de intereses privados. Según las líneas directrices de la OCDE (2004) deben —incluso hasta un año después de haber dejado el cargo— solicitar a la entidad encargada de la integridad, la dependencia del despacho del primer ministro y el consentimiento de una Comisión Especial, antes de trabajar en una entidad que antes supervisaron. Lo mismo es en el caso peruano a partir del Decreto Supremo N° 080-2018-PCM donde se emitieron los lineamientos y pautas para la inclusión de la Declaración Jurada de Intereses.

Asimismo, según las directrices mencionadas, la declaración de intereses privados ha permitido tener conocimiento del estado patrimonial del funcionario público; de modo que se pueda detectar a tiempo en caso de desbalance patrimonial. De igual forma, este instrumento ha sido utilizado para determinar si el funcionario público tiene o no alguna participación económica en un consejo de administración, consejo de supervisión, vinculación familiar y actividades comerciales realizadas; aspectos que permitan mantener la integridad al interior de la entidad pública de la que forma parte, pues en base a esta información se previenen los conflictos de intereses. Esto demuestra que es una política preventiva en la administración pública, pues permite identificar y excluir a cualquier funcionario.

Como se detalla en el informe de líneas directrices de la OCDE (2004), si bien Polonia ha demostrado un trabajo en materia de prevención de los conflictos de intereses, no ha dejado de lado la regulación referida a estos una vez que se han configurado. Es decir, el Estado se ha abocado a establecer medidas disciplinarias que tienen diversos grados de sanción, siendo el despido la medida más gravosa. Asimismo, se contempla las multas y en el peor de los escenarios el funcionario público queda prohibido de ejercer la función pública durante un periodo de hasta cinco años, dependiendo del caso en particular, por supuestos infractores de la regulación aplicable.

Adicionalmente, Polonia ha priorizado el establecimiento de políticas específicas por entidad, categoría y/o sector público regulado en materia de conflicto de intereses. Por ejemplo, llevando un registro de los regalos entregados en oportunidades especiales a funcionarios públicos por parte de cada ente interno de control responsable. Asimismo, se hace interesante advertir que en este país existen políticas que regulan los conflictos de intereses, inclusive, por categoría de funcionario público: ministros, jueces, altos funcionarios, personal de gabinete, entre otros.

En línea con lo anterior, las políticas específicas sobre conflictos de intereses por sector, describen y modulan la forma de actuar para funcionarios públicos a cargo de: i) funcionarios de aduanas; ii) funcionarios de la contratación; iii) funcionarios a cargo de la compra pública; y iv) funcionarios de tributos, así por cada uno de los sectores de mayor riesgo identificados.

Por otra parte, la capacitación e instrucción que llevan a cabo los funcionarios públicos de Polonia se realiza no solo desde su ingreso, sino en el transcurso del trabajo que ejecutan en la administración pública, lo que demuestra un alto nivel de compromiso con la prevención de situaciones de riesgo en materia conflicto de intereses. De acuerdo con las líneas directrices de la OCDE (2004):

Como complemento de la acción general dentro del periodo de formación se dan consejos y orientaciones a lo largo de toda la vida profesional del funcionario, a efectos de que puedan ser consultados, tanto los directivos como el personal especializado dentro de la organización (p.199).

Por último, estas líneas directrices también resaltan la importancia del rol que juegan los medios de comunicación, tanto al interior de las organizaciones públicas como en las políticas sobre prevención de conflictos de intereses, puesto que son a través de estos canales, por ejemplo, boletines, declaraciones ministeriales y campañas comunicacionales, que los funcionarios toman mayor conocimiento de las políticas existentes.

En resumen, el trabajo desplegado por la administración pública polaca demuestra un desarrollo coordinado y transversal en materia de prevención del conflicto de intereses en la administración pública. Lo anterior, ha sido advertido y promovido por parte de los demás países de la OCDE, al ver como un grato ejemplo de avance las buenas prácticas de Polonia.

España y la nueva regulación del conflicto de intereses en materia de contratación pública.

En palabras de Campos (2017), profesora y funcionaria pública, una política eficaz de integridad pública y bajo las recomendaciones de la OCDE debe abordar entre otros puntos lo siguiente: i) la contratación pública: se debe implementar o fijar una ley que tenga por objeto mejor la integridad y transparencia en la contratación pública; ii) recursos humanos: toda vez que la gestión de los recursos humanos es una parte fundamental de la contratación pública, por ende, se deben llevar a cabo “procesos adecuados de selección, formación y evaluación del capital humano; y iii) control interno y externo: es decir, se debe contar con “órganos sólidos y fuertes en su actuación” (pp. 2-3).

En cuanto a los aspectos específicos, la autora destaca en una conferencia dictada en la Universidad de Valencia (ADEIT, 2019), que una política eficaz reguladora de la prevención de conflictos de interés debe hacer lo siguiente: i) definir al conflicto de intereses, lineamiento que se cumple con la nueva Ley Contratación Pública; ii) publicitar y garantizar el acceso a la información sobre contratación pública, lo cual implica que el acceso a la información debe ser efectiva y no solo un formalismo. Debe existir claridad, orden y sencillez en la forma que se transmite la información a personas que no son expertas en el tema, a efectos de que puedan comprender y tomar

una postura válida; iii) debe mejorar la regulación de las prohibiciones y condiciones especiales para contratar; iv) debe contar con medidas *self clining* y *compliance*; y finalmente, v) debe prever consecuencias efectivas para sancionar los conflictos de intereses. Por ejemplo, la figura de resolución del contrato.

Desde estos lineamientos, se analizará la Ley de Contratación en el sector público, que cambió el modelo de integridad y transparencia en la contratación pública española. Para empezar se encargó de definir por primera vez los conflictos de interés: “(...) el conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación” (Ley 7/2017, segundo párrafo del Art. 64°).

En relación con lo anterior, se señala también que:

Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que pueden surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores (Ley 7/2017, artículo 64°, numeral 1).

De la descripción del segundo párrafo del artículo 64° de la Ley de Contratos española, se desprende que se exige a los órganos de contratación “tomar”, es decir, “adoptar” medidas de prevención sobre conflictos de intereses; téngase en cuenta que no se utilizan los términos “promover” o “impulsar”. En tal sentido, Campos (2018) indica que se les exige la realización concreta de una acción, de forma que juegan un rol activo y trascendente. En sentido contrario debe entenderse que, si no adoptan las medidas indicadas, los órganos de contratación serán plausibles de responsabilidad penal y/o administrativa.

Por otra parte, la Ley 3/2015 regula el ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado y exige que su ejercicio se realice con las máximas condiciones de transparencia, legalidad, ausencia de conflictos entre sus intereses privados y los

inherentes a sus funciones públicas. Asimismo, en la siguiente figura se detallan los supuestos que se consideran conflictos de intereses y que corresponden al artículo 12°:

| # | Supuestos |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a) | Los intereses propios. |
| b) | Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. |
| c) | Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente. |
| d) | Los de las personas con quien tenga amistad íntima o enemistad manifiesta. |
| e) | Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento. |
| f) | Los de personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b). |

Figura 7. Supuestos que se consideran conflictos de intereses.

Asimismo, según el profesor Joan Ridao (2018) se regula un sistema temprano de alerta que se basa en los siguientes mecanismos: “deber de abstención frente a los supuestos indicados, además de una serie de previsiones relativas a la dedicación exclusiva, mecanismo de declaraciones patrimoniales, y por último, encontramos a las limitaciones patrimoniales en participaciones societarias” (pp. 7-8).

Por otra parte, en relación con la formación de aspirantes a cargos públicos, Villanueva (2006) señala que en España el Sistema Integral de Formación de los Funcionarios Públicos tiene por objeto atender “todas las necesidades de formación, incluida la ética pública, desde el momento previo al ingreso a la administración pública, pasando por todas las etapas de evolución institucional, hasta el momento previo del egreso” (p. 15). Dicha actividad está a cargo del Instituto Nacional de Administraciones Públicas,

organismo responsable de la formación de los empleados públicos, donde entre otros aspectos, se fomenta la integridad entre los funcionarios públicos.

Por último, las medidas de control internas y externas juegan un rol importante para prevenir posibles conflictos de interés. Como órgano supervisor y de control resalta el Órgano de Control Interno (en adelante, OCI) que tiene a cargo verificar los datos que se presentan en los mecanismos de declaración patrimonial y/o de intereses. No es solo un organismo a cargo de la recepción de documentos, sino que tiene la obligación de revisar la información con la finalidad de prevenir posibles conflictos de interés. Así pues, por ejemplo, al cese de la función pública, el funcionario está obligado a presentar una declaración sobre su estado patrimonial, la cual debe ser revisada oportunamente por la OCI.

Como medidas externas, la regulación española prevé que el control ciudadano se materialice a través de los canales de comunicación. Para tal fin, la información respecto a los funcionarios públicos y el ejercicio de sus actividades son publicadas en los portales de transparencia: declaraciones de actividad, declaraciones patrimoniales, entre otros. Asimismo, cualquier ciudadano a través de este portal puede solicitar información adicional. Sin embargo, y conforme se advertirá más adelante, no siempre resulta ser la herramienta más útil.

En resumen, a diferencia de lo que ocurre en Polonia, la regulación española ha establecido recientemente un marco de trabajo a futuro sobre la prevención de situaciones de conflicto de intereses. Esto representa una primera etapa para la formación y difusión de la ética e integridad en la administración pública; prueba de ello es el trabajo ejecutado por la OCI y el trabajo desplegado por la Vicepresidencia de Administraciones Públicas de España.

2.2.2 La experiencia canadiense

Según el informe de las líneas directrices de la OCDE (2004) y las experiencias nacionales, el Código de Ética canadiense utiliza como mecanismo de prevención de conflictos de interés entre otros lo siguiente: la declaración patrimonial y de intereses de sus funcionarios

públicos en relación con sus “bienes, inversiones, deudas, actividades y externas tanto pasadas como presentes, al igual que la aceptación de cualquier regalo, agasajo u otros beneficios” (p. 125). Tal declaración se extiende a los cónyuges e hijos a cargo del funcionario público con la finalidad de que este se abstenga de ser parte de determinados asuntos que pudieran beneficiar los intereses de sus familiares.

A diferencia de otros sistemas de declaración patrimonial como Polonia, Canadá se ha encargado de desarrollar a detalle cada uno los aspectos de este instrumento normativo, pues se explica cuáles son los bienes declarables, bienes no declarables y bienes controlados. Sobre las deudas personales y comerciales se regula un trato realista, ya que se parte de la premisa de que los funcionarios pueden tener deudas con particulares u organismos que tengan relaciones de negocios con la administración pública. De tener este tipo de relaciones, el Consejero de Ética —función que será detallada más adelante— determinará si es o no necesario tomar medidas para prevenir posibles conflictos de interés (OCDE, 2004).

Otro de los mecanismos utilizados, es el control de bienes de los funcionarios públicos, pues se les exige que no deben negociar con acciones de empresas cotizables en bolsa y en el caso de tenerlas se estipula que las vendan o coloquen en un fondo fiduciario a cargo de un administrador. No obstante, esta posibilidad debe ser evaluada y aprobada por el Consejero de Ética.

Conforme detalla el informe de líneas directrices de la OCDE (2004), Canadá contempla también el supuesto en el cual los servidores públicos mantengan deudas personales y comerciales con instituciones relacionadas con el Estado. En tal caso será el consejero de ética de la entidad, quien determine si frente a estas obligaciones es o no apropiado adoptar las medidas necesarias para la prevención de conflictos de interés. Por otra parte, se exige que los servidores públicos no pongan en compromiso su cargo por realización de actividades externas.

Cabe añadir que, los mecanismos utilizados están referido a los regalos, cortesías y otras dádivas; respecto de los cuales, la regulación admite que el servidor público puede recibir regalos de terceros, siempre y cuando, tales actos no influyan en el ejercicio de sus funciones, tasando como valor máximo permitido los 200 dólares canadienses. Si el obsequio supera

este monto, necesariamente tiene que ser informado y declarado al consejero de ética, quien decidirá si el servidor público conserva o no el regalo, siempre y cuando no supere el valor de 1000 dólares canadienses. En caso de que el valor del obsequio supere este monto, el servidor público debe entregarlo a su ministerio o agencia correspondiente, tal y como detalla el informe de líneas directrices de la OCDE (2004).

Adicionalmente, se ha considerado como herramienta el rechazo a los tratos de favor, exigencia desde la cual el funcionario público “(...) debe evitar colocarse o que le coloquen, aunque sea aparentemente, en una posición que le comprometa con respecto de alguien que pueda beneficiarse de una especial consideración” (OCDE, 2004, p. 133). En esa medida, el Estado canadiense ha desarrollado políticas específicas y por sector que describen las restricciones para cada uno de los supuestos antes descritos.

Al respecto, cada uno de los mecanismos señalados son aplicables siempre que dure el ejercicio de la función pública. No obstante, se han previsto mecanismos de prevención sobre posibles conflictos de interés, inclusive, después del empleo. Así pues, al cese del cargo, los funcionarios públicos entran en una etapa de “enfriamiento”: lo cual implica que dentro del plazo de dos años no pueden tener relaciones directas con entes cuyo ejercicio de función estuvo vinculado; asimismo, tienen prohibido brindar asesoría a diferentes entes con base en información obtenida en el ejercicio del cargo público, excepto la autorización expresa del consejero de ética de la entidad.

A partir de lo expuesto, se advierte que el consejero de ética juega un rol medular en la prevención de posibles conflictos de interés. De acuerdo con esto, se detallará el alcance de sus funciones y cada uno de los mecanismos que tiene para lograr tal fin. El puesto de consejero de ética fue creado en 1994 por el despacho del primer ministro canadiense y tiene por fin esencial administrar el Código de Ética, es decir, todos los aspectos vinculados a la integridad pública, así como, el conflicto de intereses. En este aspecto, Sanda (1999) sostiene que tiene dos funciones principales: i) asesorar a los altos funcionarios y a otros titulares de cargos públicos sobre la aplicación de los principios y la resolución de cuestiones de ética en general; y ii) administrar las reglas específicas referidas a la revelación de información y a las medidas de cumplimiento para evitar conflictos de interés.

Por su parte, según las líneas directrices de la OCDE (2004) y experiencias nacionales en relación al Código de Ética, el consejero de ética tiene tres grandes funciones: función de consejo, función de examen y función de asociación. En conjunto, las funciones señaladas le permiten ser el encargado de administrar el Código de Ética y el responsable por su puesta en práctica.

En relación con la función de consejo, el consejero de ética tiene la obligación de asesorar a los titulares de la función pública en cómo separar sus asuntos personales de los intereses públicos. Así pues, se busca valorar los riesgos de posibles conflictos de intereses. Para la consecución de tal fin, el consejero de ética tiene que llevar adelante un procedimiento administrativo que consta de tres etapas: conformidad inicial, examen plural y post-empleo.

La etapa de conformidad inicial tiene por objeto que antes de asumir el ejercicio de la función pública, el servidor conozca las obligaciones que contiene según el Código de ética y política de conflicto de intereses. En tal sentido, luego de que el servidor público sea informado por el consejero de ética sobre sus obligaciones, debe firmar la siguiente declaración: *certification document*, en la cual manifiesta que “la observancia de las medidas del Código de Ética es condición para el mantenimiento de su cargo” (OCDE, 2004, p. 136). Por su parte, en esta etapa el consejero de ética tiene la obligación de elaborar un informe confidencial, el *confidential report*, dentro de los 60 días al nombramiento del cargo público, sobre posibles y potenciales conflictos de intereses (OCDE, 2004, p. 136). Lo anterior deberá ser replicado por cada funcionario y/o servidor público.

La etapa de examen anual e información continua cuenta con dos mecanismos centrales para prevenir posibles conflictos de intereses. El funcionario público debe informar en el plazo de 30 días sobre cualquier cambio sobre sus activos, pasivos y actividades externas; el mismo plazo tiene para informar sobre la recepción de cualquier regalo o agasajo que supere los 200 dólares canadienses. Como se puede advertir, en ambos supuestos quien tiene la obligación es el servidor público. Sin embargo, como parte de esta etapa, el consejero de ética a cada aniversario del cargo público evaluado, debe iniciar un examen que concluye en un informe confidencial del titular del cargo público y las medidas oportunas que ha realizado el servidor público. Es decir, una evaluación integral de los elementos centrales de la ética e integridad pública (OCDE, 2004, p. 138).

Sobre la función del examen, el consejero de ética tiene facultades para investigar de oficio hechos respecto a servidores públicos relacionadas con las obligaciones y normas del Código de Ética y políticas internas de la entidad en materia de conflicto de intereses. En esa medida, resulta relevante precisar el rol instructivo y de asesoramiento del despacho del consejero de ética de la entidad, pues conforme señala el informe de líneas directrices de la OCDE (2004), “el trabajo más importante de la Oficina del Consejero Ético, tanto en esencia como en tiempo, es la función asesora” (p. 136). Por esta razón el puesto se denomina consejero de ética, no comisario de ética.

Por último, con la etapa de post-empleo se busca dar un seguimiento efectivo luego del cese en el cargo público, en aras de prevenir un posible conflicto de interés; así pues, se “busca proteger el interés público procurando que los titulares de cargos públicos no parezcan que se aprovechan de su último año en el cargo para obtener empleo en una organización con la que han tenido relaciones oficiales directas o importantes” (OCDE, 2004, p.139). El despacho del Consejero de Ética al cese del cargo debe informar al ex servidor público con la sus obligaciones post-empleo.

Otro ejemplo se refleja en el hecho de que la Oficina del Consejo de Ética pueda “emprender investigaciones por propia iniciativa sobre alegaciones relacionadas con las obligaciones y normas del Código de Conflicto de Intereses y/o Código de Ética” (OCDE, 2004, p. 40). Esto demuestra que la facultad de sancionar, inclusive, la puede mantener este órgano independiente de cada entidad, demostrando independencia y autonomía en la forma de gestión.

2.2.3 ¿Qué ocurre en la región? Plan Colombia

Tatiana Mendoza (2018), experta colombiana en procesos de ética e integridad pública, señala que las políticas colombianas sobre prevención de posibles conflictos de interés, se centran en un control preventivo que requiere capacitación de los funcionarios, mecanismos de control en la contratación, eficiencia administrativa y el fortalecimiento del control social. Teniendo en cuenta esto, se explicará el avance de políticas públicas de contratación pública que ha tenido Colombia. Así, mediante la Ley N° 80 de 1993 – Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, artículo 3° se indicó que:

Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (p. 2).

Este aspecto fue ajustado por el artículo 4° de la Ley N° 1150 del 2007, agregándose que no solo son los servidores públicos quienes deben contribuir a la consecución de la finalidad pública, sino que los particulares al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

Sobre los principios que recoge la Ley N° 80 de 1993 en materia de contratación pública, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos que se limitan a enumerarlos, se hizo el esfuerzo de dar pautas generales para su aplicación:

a) Pautas generales sobre el principio de transparencia

Dentro de los lineamientos generales en relación con este principio, se dispone que cualquier interesado en el proceso de contratación pública tendrá oportunidad de “conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten”, para lo cual existirán etapas que posibiliten incluso la realización de observaciones. Así pues, se puede advertir que la participación de la ciudadanía no se limita a tener el acceso a la información, sino que tienen un rol dinámico para “controvertir y observar”.

b) Pautas generales sobre el principio de economía

En mérito a este principio se exige que los servidores públicos deben establecer los procedimientos y etapas necesarias para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable a los intereses públicos (Art. 25°).

c) Pautas generales sobre el principio de responsabilidad

Se señala que los servidores públicos están obligados a buscar los fines de la contratación pública, para lo cual deben actuar de forma ética y profesional. En ese sentido, responden por actuaciones antijurídicas (por ejemplo, casos de

conflictos de intereses). Además, tienen la obligación de indemnizar por los daños ocasionados.

En suma, estos son los tres principios que se alinean mejor con la prevención de los conflictos de interés. Cabe señalar cuáles son las políticas que han adoptado para gestionar la prevención de riesgos (conflictos de interés) en materia de contratación pública. Según la Secretaria de Transparencia de Colombia (2019) son tres las etapas en las cuales se centra la gestión de prevención del riesgo:

a) Identificación del riesgo de corrupción

Frente a cualquier tipo de proceso de contratación pública, los servidores públicos a cargo tienen la obligación de advertir los posibles riesgos que representen eventuales conflictos de interés. Esta es etapa muy importante, puesto que permite tener claridad respecto de qué procesos y/o procedimientos requieren mayor control; así como, tener claridad de qué tipo de control es necesario aplicar según reporte cada escenario. En el caso de Colombia, Prosperidad para Todos (2019) señala que una vez identificados los riesgos, estos deben ser clasificados según su fuente y clase:

| Tipo | Fuente | Descripción |
|---------------|------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Por su clase | General | Es un riesgo de todos los procesos de contratación adelantados por la entidad estatal, por lo cual está presente en toda la actividad contractual. |
| | Específico | Es un riesgo propio del proceso de contratación objeto de análisis. |
| Por su fuente | Interno | Es un riesgo asociado a la operación, capacidad o situación particular de la entidad estatal (reputacional, tecnológico). |
| | Externo | Es un riesgo del sector del objeto del proceso de contratación, o asociado a asuntos no referidos a la entidad estatal (desastres económicos, existencia de monopolios, circunstancias electorales). |

Figura 8. Clasificación de los riesgos según su clase y fuente.

b) Valoración del riesgo de corrupción

En esta etapa se realiza la evaluación de cada uno de los riesgos identificados, de modo que se pueda establecer el impacto frente a los objetivos del proceso de contratación pública y su posibilidad de ocurrencia. A continuación, se presenta la tabla utilizada para valorar el riesgo con base en criterios de probabilidad:

| # | Categoría | Valoración |
|---|-------------------------------------------------------|------------|
| 1 | Raro (puede ocurrir excepcionalmente). | 1 |
| 2 | Improbable (puede ocurrir ocasionalmente). | 2 |
| 3 | Posible (puede ocurrir en cualquier momento futuro). | 3 |
| 4 | Probable (probablemente va ocurrir). | 4 |
| 5 | Casi cierto (ocurre en la mayoría de circunstancias). | 5 |

Figura 9. Criterios de probabilidad.

Fuente: Prosperidad para Todos, p.12.

c) Elaboración de la matriz de riesgo

Las etapas señaladas guardan directa relación con la exigencia plasmada en el artículo 4° de la Ley N° 1150 del 2007: “(...) la entidad estatal debe incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación”. Así pues, la gestión de la prevención del riesgo es un aspecto medular de la política colombiana en temas de contratación pública; en ese orden de ideas el Decreto Ley N° 4170 del 2011 expresa lo siguiente: “Es un objetivo de compra eficiente el optimizar los recursos públicos en el sistema de contratación”. Asimismo, Prosperidad para Todos (2019) precisa que la gestión del riesgo debe comprender desde la planeación hasta la terminación final del contrato público.

Tal y como se evidencia, el Estado colombiano ha desarrollado una política de prevención transversal al flujo de compra estatal, priorizando la identificación de riesgos como elemento medular de una compra pública eficiente.

El rol de la compra eficiente en Colombia.

En la actualidad, Colombia presenta un gran avance en materia de contratación pública, siendo “Colombia Compra Eficiente” el principal órgano del sistema de contratación pública que tiene a su cargo responder a la demanda estatal de bienes y servicios, realizando para ello actividades que buscan “prevenir, detectar y mitigar riesgos de corrupción” (Prosperidad para Todos, 2019, p. 2). Para el cumplimiento de tales fines, se debe garantizar la leal competencia en la contratación pública, el acceso a la información, sin perder de vista que la contratación pública tiene por fin adquirir bienes o servicios en las mejores condiciones de costo-eficiencia y costo-calidad.

Adicionalmente, en el año 2013 como una forma de reforzar la prevención de conflictos de interés en la contratación pública, Colombia Compra Eficiente (2013) elaboró su propio Código de Ética en el cual se recogieron los siguientes principios: “buena fe, celeridad, conciencia de lo público, eficacia, eficiencia, igualdad, imparcialidad, moralidad pública, orientación a resultados, publicidad y responsabilidad (p.7). Además de los principios señalados, el Código de Ética regula lineamientos generales respecto a la actuación tanto de los servidores públicos y los agentes privados. Entre otras pautas se establece lo siguiente:

- i) El Código de Ética no sustituye el buen criterio, razonabilidad y responsabilidad tanto de los servidores como de los contratistas;
- ii) Toda actuación, negociación, operaciones y actividades que realicen Colombia Compra Eficiente debe regirse por los principios contenidos en el Código de Ética;
- iii) Las actuaciones de Colombia Compra Eficiente están orientadas a privilegiar el interés general sobre el interés particular;
- iv) El manejo del riesgo es una operación medular del sistema de Colombia Compra Eficiente.

Asimismo, se rescata que el citado Código de Ética impone ciertas obligaciones éticas a los servidores públicos en el marco del proceso de contratación pública. También se exige que actúen de buena fe, lealtad, diligencia y cuidado en el fiel cumplimiento de la ley y los principios y valores de Colombia Compra Eficiente ya señalados.

Asimismo, están obligados a comunicar a sus superiores jerárquicos sobre cualquier irregularidad que implique la violación a este código. Así, tanto los servidores que forman parte de esta agencia (o un tercero) deben abstenerse de participar, facilitar o amparar actos incorrectos en el ejercicio de su función.

Por otra parte, al momento de tomar decisiones deben ser objetivos e independientes; pues se señala además que deben guardar reserva, secreto y discreción de la información pública. Así también por determinada razón no deben ser de libre acceso al público y no deben aceptar directa o indirectamente dádivas, regalos, favores, donaciones o invitaciones que puedan influir en sus decisiones.

Es interesante como el Código de Ética ha tocado el tema referido a los grupos de interés que intervienen en el proceso de contratación pública. Se exige que las relaciones con las entidades estatales sean claras, oportunas y confiables de modo que se entiendan de forma concreta sus necesidades para que se pueda realizar una adquisición de bienes o servicios que estén a la altura de sus expectativas.

Posteriormente, respecto a la relación con los oferentes o contratistas, se expresa que deben ser abiertas, claras, privilegiándose la igualdad y debida competencia. En este punto, el código mencionado desarrolla que la relación debe ser armónica y se debe suministrar oportunamente la información que requiere.

Por último, la relación con las organizaciones de la sociedad civil y ciudadanía debe estar basada en la promoción de la información referida a la contratación pública de forma oportuna y a través de mecanismos ágiles y efectivos. Este aspecto guarda relación con los canales de comunicación; así pues, la información debe ser veraz, completa y oportuna, tal y como se describe en los portales de transparencia.

Prevención del conflicto de intereses.

Desarrolladas las políticas en materia de prevención sobre posibles conflictos de intereses, toca desarrollar el rol que desempeña el órgano operativo de compra pública: Colombia Compra Eficiente, creada mediante Decreto Ley N° 4170 de fecha 03 de noviembre del 2011.

Este órgano exige a sus servidores públicos que cumplan con un protocolo sobre prevención de posibles conflictos de intereses en materia de contratación pública que prevé dos exigencias. En primer lugar, deben proceder a informar a sus superiores jerárquicos a través de un correo electrónico, dentro de las 24 horas de haber tomado conocimiento del conflicto de interés, el correo enviado debe contener lo siguiente: i) el asunto en el cual existe el conflicto; ii) la descripción de la relación que da origen al conflicto; y iii) la participación que hasta la fecha ha tenido en el asunto correspondiente.

El servidor que informa del conflicto de interés debe apartarse del conocimiento del estudio y revisión del tema sobre el cual surgió el conflicto de intereses (Ley N° 4170, 2011). Al término de este protocolo, la situación presentada como conflicto de intereses debe ser resuelta dentro de las 24 horas siguientes; lo que demuestra un protocolo eficaz y ágil, pues impone un plazo breve de resolución.

Mecanismos de denuncia y/o canales de escalamiento.

Un aspecto importante a resaltar se evidencia en los mecanismos previstos para denunciar los conflictos de interés en la contratación pública colombiana. De esta manera, se han considerado cuatro canales: sistema virtual (PQRSD); correo electrónico; sistema PQRSD (físico) y la comunicación telefónica. En todos los casos la “queja, denuncia o advertencia” debe contener el modo, tiempo y lugar del hecho denunciado. A su vez, de tener pruebas, estas deben ser presentadas (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Como se puede advertir, se regulan mecanismos de prevención que están a disposición no únicamente de los servidores públicos, sino también de terceros y la ciudadanía en general; en tal sentido, la acción de informar se convierte en una obligación posible y fácil de llevar a cabo de los canales indicados, que además están acorde a lo que los estándares europeos demuestran.

De lo anterior, advertimos que Colombia ha reestructurado e implementado dentro de los flujos de contratación pública, elementos que permiten brindar herramientas a los

funcionarios públicos de contacto para una eventual consulta, así como también de prevención y mitigación de riesgos de conflicto de intereses. Los puntos desarrollados (matriz de riesgos, canal de denuncias, reporte, entre otros) son el ejemplo de una actuación responsable en materia de integridad, así como, del aseguramiento de políticas específicas de prevención.

2.3 El rol del sector privado: empresas farmacéuticas

Tal y como es conocido, la industria farmacéutica se orienta a la fabricación, preparación y posterior venta de productos medicinales para el tratamiento y prevención de enfermedades. Si bien es considerado uno de los sectores industriales con más altas tasas de ingresos económicos¹⁹, junto con el petróleo es uno de los que peor reputación mantiene, pues es calificado como un sector de alto riesgo de corrupción.

Una de estas razones, conforme indica el profesor Gonzales (2006), es que según la Organización Mundial de la Salud (OMS), las empresas farmacéuticas mantienen políticas agresivas de venta que generan conflicto de intereses entre las compañías farmacéuticas, los adquirentes y el público. En su mayoría se orientan, entre otros actos, al *marketing* de medicamentos para usos no permitidos, capacitaciones en el extranjero y/o falsos resultados de investigación, etc. Un claro ejemplo de ello es el caso de la empresa Pfizer que fue multada con 2300 millones de dólares en el año 2009 por *marketing* ilegal en los Estados Unidos.

Los métodos de venta utilizados por Pfizer, pusieron al descubierto que la empresa dedicaba un presupuesto especial para el mercadeo efectivo de determinados medicamentos basados en la realización de promociones dirigidas a médicos con alta capacidad para recetar; a médicos líderes de opinión y campañas destinadas a promover usos emergentes sobre medicamentos aun no aprobados.

El uso de estos métodos —en la mayoría de los casos— puede ser motivo aparente de la gestación de conflictos de intereses, en la búsqueda por aumentar el volumen de venta (Salud

¹⁹ Las ganancias de la industria farmacéutica han pasado de 400 mil millones de dólares en el 2001, a un poco más de 1'000.000 de millones de dólares en el año 2014.

y Solidaridad, 2018). Frente a ello, corresponde preguntarse cuáles son los principios de integridad de dichas empresas, qué acciones realizan y de qué manera previenen los conflictos de intereses.

La organización Transparencia Internacional (2017) señala que para reducir la corrupción en el sector farmacéutico es necesario aplicar los principios de transparencia, integridad y la rendición de cuentas en los sectores farmacéuticos y de servicios para la salud.

En cuanto a la prevención de conflictos de intereses en dicho sector, las directrices se basan esencialmente en el Código de Buenas Prácticas de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento (International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations, IFPMA). Asimismo, estos principios tienen el propósito de que las empresas farmacéuticas: “i) eliminen el soborno y posibles conflictos de intereses; ii) realicen negocios con integridad; y iii) contribuyan a mejorar los estándares de integridad empresarial, de transparencia y de rendición de cuentas” (TI, 2017, p.3).

No obstante, los principios enunciados no son suficientes para prevenir aparentes conflictos de intereses. Es necesario que se implementen medidas específicas que cumplan los profesionales de la salud, las instituciones prestadoras de servicios de salud, los pacientes y sus organizaciones. En mérito a los principios expuestos, se exige a las empresas farmacéuticas que adopten políticas de cero tolerancia hacia el soborno y conflictos de intereses; así como, el desarrollo de un programa interno para la implementación práctica y efectiva de esta política.

Este programa comprende una serie de mecanismos para prevenir conflictos de intereses: códigos de conducta, análisis de riesgos en políticas y procedimientos. Asimismo, los procesos administrativos complementarios: capacitación, orientación y la supervisión. Las características con las que debe contar este programa son las siguientes: i) claridad y suficiencia al momento de expresar los valores, políticas y procedimientos para prevenir prácticas de conflictos de interés; ii) desarrollo acorde con la estructura de la empresa: tamaño, organización, riesgos de la operación, entre otros; iii) compatibilidad con las distintas leyes de los países donde la empresa opere; y iv) reflejar y transmitir la medicina moderna a la salud y el bienestar público (TI, 2017).

Por último, cabe señalar que Transparencia Internacional (2017) reconoce que alcanzar la integridad en el sector farmacéutico es una tarea compleja que depende de varios elementos: funcionarios públicos, profesionales de la salud y demás prestadores del sector. Sin embargo, ello no es exigible a las compañías, pues son recomendaciones de una organización independiente encargada de promover la integridad en el mundo.

A continuación, se detallarán algunos de los elementos más representativos de los programas de *compliance*, pertenecientes a dos reconocidas compañías farmacéuticas y que, a su vez, se encuentran validados por el Departamento de Justicia Norteamericano (en adelante, “DOJ”) por sus siglas en inglés Department of Justice de los Estados Unidos; ambos centrados en los temas de conflicto de intereses.

a) Grupo Roche

Hoffmann-La Roche es una empresa dedicada al rubro farmacéutico con sede principal en Suiza y filiales en nuestra región. Para comprender los elementos en materia de integridad que ha adoptado, resulta importante explicar su Código de Ética y el tratamiento dado al principio de integridad. Para empezar, a nivel del grupo existe un *Compliance Officer Global* y un *Compliance Officer* a nivel local, que tiene por fin prevenir, detectar y monitorear el Programa de *Compliance* del grupo. Este tiene un rol central en la estructura organizacional, pues es el encargado de liderar la ética e integridad corporativa de Roche y sus diversas directivas internas.

Como parte central de los elementos de *Compliance*, resaltan los siguientes tres puntos: i) cumplir con la legislación local, con el Código de Conducta y las políticas de Roche; ii) solicitar orientación y asistencia cuando no comprenden los requisitos de la ley o de las buenas prácticas comerciales; y iii) reportar o denunciar aquellas conductas que consideren violatorias de las normas o del Código de Conducta.

En lo que corresponde a los temas de conflicto de intereses, el Código de Conducta, en su apartado de integridad personal y prevención de conflictos de interés regula que los empleados de su empresa “(...) deben evitar las situaciones en las que los intereses personales entren o parezcan entrar en conflicto con los de Roche” (Grupo Roche, 2015,

p. 23).

Como medidas concretas, Roche exige a sus empleados cuidar sus actividades familiares y con personas próximas. Asimismo, se regulan sus actividades complementarias, con lo cual se busca prevenir conflictos de intereses reales o potenciales, a través de declaraciones que deben ser entregadas al Departamento de Recursos Humanos.

Por otra parte, se advierte del código mencionado que los empleados de la empresa tienen un deber de informar sobre cualquier tipo de conflicto de intereses a su superior inmediato, y este a su vez al Departamento de Recursos Humanos. Así pues, si surge una duda frente a un conflicto de interés concreto, el empleado puede pedir ayuda a “(...) su jefe, al Director de Compliance local o del Grupo o a la línea de ayuda y asesoramiento sobre el Código de Conducta del Grupo Roche (p. 23)”. Es decir, la compañía provee a sus empleados de herramientas de consulta y escalamiento de dudas.

Otro aspecto es que el código está referido a los regalos e invitaciones, estableciéndose una serie de pautas a efectos de que no “(...) sean malinterpretados y percibidos como un trato de favor indebido destinado a influir en el receptor (p.24)”. Con ello se busca que las actuaciones de los empleados de Roche no sean cuestionadas debido a obsequios o invitaciones que pongan en duda su ética e integridad, algo que podría implicar como riesgo de conflicto de intereses. En tal sentido, los empleados de Roche están prohibidos de aceptar regalos o invitaciones que afecten su integridad.

A continuación, se detallan aspectos puntuales respecto al ofrecimiento y aceptación de los mismos. Respecto al ofrecimiento: en primer lugar, solo pueden ofrecerse regalos e invitaciones a socios comerciales cuando resulten apropiados y no exista riesgo aparente de un intento de influir en la decisión del destinatario; en segundo lugar, los regalos deben ser de mínimo valor y no deben exceder lo razonable.

En esa medida, en cuanto a la aceptación tenemos lo siguiente: i) el empleado de Roche no puede pedir regalos o invitaciones de ningún tipo a socios comerciales de la empresa, se incluyen los tratos de favores; ii) solo se pueden aceptar “regalos o invitaciones no solicitados si no van más allá de la cortesía habitual y de los usos y costumbres comerciales

aceptados localmente”; y iii) las invitaciones a actividades de ocio solo pueden aceptarse según surjan en el marco regular de los negocios, debiendo considerar que no deben ser lujosas (Grupo Roche, 2015, p. 24).

Con estas medidas, se advierte que la empresa tiene la intención de detallar de forma minuciosa cada uno de los supuestos que sus empleados pueden enfrentar en el ejercicio de sus cargos respecto a este extremo. En caso deba rechazarlo, la compañía cuenta con un procedimiento para ello, a cargo del Departamento de Compliance.

Por último, resulta destacable el apartado referido al uso de información privilegiada del Código de Conducta. En primer orden, se parte delimitando este concepto: “La información privilegiada se define como información sobre Roche o sus socios comerciales, de carácter no público, que un inversor razonable consideraría relevante a la hora de decidir la compraventa de títulos de la compañía” (Grupo Roche, 2015, p.25). En segundo orden, se establecen las pautas mínimas para quienes dispongan de información privilegiada: i) la información privilegiada debe mantenerse en la más estricta confidencialidad sin relevarse a personas no autorizadas; ii) quienes ostenten este tipo de información no deben comprar, vender ni negociar de forma alguna con títulos de Roche; y iii) los poseedores de información privilegiada no pueden proporcionar recomendaciones a otras personas sobre la negociación de valores.

Como marco general, Roche ha adoptado medidas operativas y claras para prevenir posibles y concretos conflictos de intereses al interior de su compañía, algo que se ha materializado con estructura y relevancia al interior de la organización; pues forma parte de las buenas prácticas que generan sostenibilidad al negocio.

b) Glaxo Smith Kline (GSK)

Glaxo Smith Kline (GSK) es una empresa británica de productos farmacéuticos, productos de cuidado dental y de la salud con sede principal en Inglaterra y filiales en nuestra región. Al igual que la empresa farmacéutica Roche, resulta de gran importancia explicar el tratamiento a los principios de ética e integridad de sus empleados, puesto que su Código de Conducta contempla medidas operativas para prevenir los conflictos de intereses al interior

de su organización.

Al respecto, es de gran importancia la definición desarrollada en su código respecto a contribuciones políticas, consideradas como aquellos “obsequios, suscripciones, créditos, adelantos o depósitos en metálico u otros elementos de valor proporcionados con el fin de influir en cualquier elección para un cargo o renovación de mandato” (GSK, 2017, p.20). Considerando ello, se estipula que GSK no realiza contribución política alguna a ninguna persona o alguna organización en algún país en el que operan²⁰.

A efectos de fortalecer esta relación, se estipula que los empleados GSK en el marco de sus relaciones comerciales con los distintos gobiernos deben dar estricto cumplimiento a leyes contra el soborno. Además, deben observar las limitaciones referentes a los regalos, entretenimientos, gratificaciones u otras remuneraciones que puedan ser ofrecidas a los empleados públicos y los agentes implicados en los procesos de políticas públicas y de compras. Con ello se busca que las interacciones con el Estado sean éticas y transparentes; fijando protocolos al interior de la organización para la reunión y gestión de intereses a favor de la compañía.

Al igual que el Grupo Roche, este Código de Conducta contempla el programa de *speak up* (levanta la voz), que se presenta como un mecanismo para exponer de forma confidencial entre otras situaciones, posibles o concretos conflictos de intereses, entre cualquier otra actividad que pueda suponer el incumplimiento de los parámetros de conducta al interior de la entidad (GSK, 2017, p.3). Para ello, los canales provistos son los siguientes: i) línea telefónica confidencial; ii) el sitio web de la empresa GSK; y iii) mediante los correos electrónicos a los representantes del Departamento de Compliance.

Si bien la información presentada en este punto resume ejemplos de buenas prácticas empresariales, advertimos que se trata de políticas de prevención, que son centrales en la cultura organizacional de ambas compañías. Ello en línea con un programa intensivo de

²⁰ Este punto es importante, puesto que se restringe en gran medida un posible conflicto de intereses en el sector público, ya que se busca transparentar y garantizar interacciones éticas con los gobiernos y sus funcionarios. Sin embargo, discrepamos en la medida de que es perfectamente legítimo que una persona jurídica pueda tener afinidad política siempre que esta pueda verse materializada con base en criterios establecidos, de monto máximo de aporte, procedimiento de aprobación y entrega a título de donación.

capacitación y entrenamiento a sus funcionarios, lo que permite reducir riesgos de desconocimiento o comisiones de faltas e inclusive delitos al interior de la compañía, debido a la regulación de cumplimiento de los países donde operan y la cotización en bolsa de los Estados Unidos²¹.



²¹ La cotización en bolsa de los Estados Unidos, sujeta a la compañía a cumplir con lo dispuesto por Foreign Corrupt Practices Act y la UK Bribery Act para el caso de GSK, las cuales obligan a las empresas a implementar programas de Compliance al interior de las mismas, en pro de prevenir la corrupción. Tal y como se ha advertido, dichos programas promueven las buenas prácticas y resaltan cuestiones ligadas a la prevención, así como, el monitoreo del conflicto de intereses. Ahora bien, en el caso del Perú, es aplicable la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, pues es la que tiene por objeto la promoción de implementación de programas de Compliance en las compañías peruanas; si bien es una Ley recientemente reglamentada (2018) ha tenido un importante impacto en el sector empresarial.

CAPÍTULO III

En dónde estamos y hacia dónde debemos ir



3.1 ¿Es viable la aplicación de un modelo de prevención de conflicto de intereses en base a la regulación actual?

En el presente capítulo se busca realizar un análisis de la situación actual de los funcionarios públicos a cargo de la compra pública de medicamentos en el Perú en temas de integridad, específicamente sobre conflicto de intereses, a través de una encuesta. No obstante, para ello es necesario comprender la regulación actual en la materia. En esa medida, se buscará realizar una descripción de los avances en temas de integridad, principalmente en lo vinculado a los conflictos de intereses, de acuerdo con lo expuesto en los capítulos precedentes.

Para ello, es importante tomar en consideración los lineamientos establecidos por el Código de Ética del Funcionario Público, la Ley que regula el alcance de los conflictos de intereses de Perú y su reglamento, los impedimentos administrativos de contratación con el Estado de altos funcionarios y su régimen de incompatibilidades.

En resumen, se trata de tomar en cuenta los alcances regulatorios de la producción normativa emitida por el Estado aplicados al tema central de la investigación. Si bien es cierto cada uno podría implicar una investigación más detallada del tema, esto escaparía del objetivo de la presente tesis.

Por último, se propondrá la aplicabilidad de mecanismos efectivos de prevención de conflicto de intereses en las entidades encargadas de la ética pública, implementación herramientas de integridad y su articulación en la administración pública. Por ejemplo, las oficinas de Recursos Humanos de las entidades públicas, la Secretaria de Integridad de la Presidencia del Consejo de Ministros y la Contraloría General de la República, como ente auditor del cumplimiento de las obligaciones legales por cada entidad que forma parte de la Administración Pública; en esencia una propuesta real de prevención de corrupción.

3.2 El rol de la gestión del conflicto de intereses en la actual regulación del Perú

En este apartado, se abordará la acción normativa que ha desarrollado el Estado peruano en los últimos años en materia de ética e integridad pública, específicamente, en la regulación en materia de conflicto de intereses.

Asimismo, se analizarán los criterios y principios básicos de conducta dados por la regulación para la contratación pública de medicamentos en línea por lo dispuesto por la normativa aplicable. Lo anterior, se orienta a establecer el marco normativo que será el objeto principal del trabajo a fin de determinar las limitaciones de la regulación descrita en la lucha por la prevención de corrupción administrativa en el sector de la compra pública de medicamentos.

De esta forma, se tratará la gestión de intereses en la administración pública, entendida como la acción lícita de permitir al interior de ella la promoción de intereses legítimos, la posibilidad y aplicabilidad de sanciones por incumplimiento de la regulación, así como, comprender por qué a pesar de la existencia de un registro oficial de *lobby*, la participación en el mismo resulta reducida.

Asimismo, la experiencia del Código de Ética del Funcionario Público en la regulación peruana y su reglamento serán abordados a profundidad. En la medida que este resulta un elemento general para la construcción de parámetros éticos y de prevención, sin perjuicio de la existencia de elementos más detallados por entidad y/o particularidades específicas que ofrezca cada entidad en pro de la prevención de sus funcionarios y servidores públicos.

De esta manera, la relevancia del régimen de función de incompatibilidades como elementos de prevención de puertas giratorias entre lo público y lo privado es el tópico detallado que se abordará en esta etapa, así como, la regulación específica del conflicto de intereses en la contratación pública, en base a la Ley de Contrataciones con el Estado.

3.2.1 Regulación en materia de gestión de intereses en la administración pública

En el Perú, el 23 de junio del 2003 se promulgó la Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, Ley N° 28024, que conforme a la Sexta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1365, establece en su artículo 1° como materia de objeto lo siguiente:

Regular la gestión la gestión de intereses en el ámbito de la administración pública entendida como una actividad lícita de promoción de intereses legítimos propios o de terceros, sea de carácter individual, sectorial o institucional en el proceso de toma de decisiones públicas, con la finalidad de asegurar la transparencia en las acciones del Estado (...)"²².

Según esta normativa se desprende que la gestión de intereses es la actividad por la cual las personas naturales y personas jurídicas promocionan sus intereses y opiniones respecto a un proceso de decisión pública, a fin de que este pueda ser favorable o esté alineado a su postura. Ello se ejecuta a través de los actos de gestión, que son las situaciones operativas que permiten promover el conocimiento de su punto de vista.

En relación con el artículo 4° de la Ley de gestión de intereses, se estableció que la decisión pública es aquella que parte de la entidad con la finalidad de establecer lineamientos o toma de decisiones de connotación política, económica o social. Es decir, el presidente de la República, los vicepresidentes, los congresistas de la República, los ministros y altos funcionarios en la estructura del Estado, incluidos los alcaldes, los gobernadores regionales, así como, los funcionarios y/o servidores del Estado, cuando así corresponda, conforme al Reglamento de la entidad, según precisa el artículo 5° de la citada norma.

Dicha regulación, tiene por principio la prohibición de los funcionarios y servidores del Estado de realizar actos de gestión distintos a los intereses de la entidad de la que forman parte. A continuación, se muestra una lista de lo que la ley no considera actos de gestión:

| # | Acto |
|---|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Las declaraciones, expresiones, testimonios, comentarios o similares realizados mediante discursos, artículos o publicaciones; |
| 2 | La difusión de noticias o de otro material distribuido al público en general o difundido a través de cualquier medio de comunicación social; |
| 3 | La información, por escrito o por cualquier otro medio susceptible de registro, proporcionada a la administración pública en respuesta a un requerimiento hecho por ella; |
| 4 | La información brindada en cualquier medio de comunicación social en el marco del ejercicio de la libertad de expresión; |

²² Es conveniente resaltar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 0019-2009-PI/TC-Lima, FJ 46, ha señalado en torno a los grupos de gestión de intereses en la administración pública, que el concepto de “grupos de presión” debe ser entendido como relacionado a los *lobbies* o como lo denomina la Ley N° 28024, a aquellos “grupos encargados de gestionar intereses con el objeto de influenciar en la decisión de los asuntos que atañen a la res pública”.

| | |
|---|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5 | Las afirmaciones, declaraciones, comentarios hechos en cualquier reunión pública, en el marco del ejercicio del derecho de la libertad de expresión, de opinión y de reunión; |
| 6 | El libre ejercicio de la defensa legal y de la asesoría, dentro de lo previsto por el ordenamiento jurídico; y |
| 7 | Otras gestiones similares que no conduzcan a la toma de decisión por parte de la administración pública. |

Figura 10. Acciones que no son consideradas actos de gestión.

Un factor importante de esta regulación es la obligatoriedad de los funcionarios y servidores públicos de dejar constancia en caso de reunión con un gestor de intereses, así como, de la agenda oficial. Esta información debería ser remitida al Registro Público de Gestión de Intereses en el marco de la gestión y, de la misma manera, completar el formulario que indican los artículos 21° y 22° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 099-2003-PCM²³. En este punto, la normativa señala el plazo máximo de 5 días hábiles en la

²³ En este punto se desarrolla el procedimiento aplicable en relación al contenido de la constancia y el procedimiento señalado por el Reglamento de Decreto Supremo N° 099-2003-PCM:

“Artículo 21.- Del contenido de la Constancia: En el caso de gestores profesionales de intereses, se expedirá una Constancia que deberá contener: (i) Lugar, fecha y hora del acto de gestión, (ii) Identificación del gestor de intereses, incluyendo el número de inscripción en el Registro. Tratándose de personas jurídicas u organismos gremiales, empresariales y laborales que realizan actividades de gestor profesional, identificación del representante autorizado o legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del presente Reglamento; (iii) Identificación del representante o representantes del gestor profesional cuando este constituye una persona jurídica; (iv) Identificación de la persona natural o jurídica a favor de quien lleva a cabo el acto de gestión; (v) Motivo y finalidad del acto de gestión, identificando la decisión pública específica que se busca obtener, y un breve resumen de los puntos tratados durante el acto de gestión; (vi) Identificación del funcionario con capacidad de decisión pública, especificando su cargo, el nombre de la entidad a la que pertenece y la unidad orgánica en la que desarrolla sus funciones; (vii) La identidad de los demás asistentes al acto de gestión, si los hubiera; y (viii) Firma del funcionario con capacidad de decisión pública y del gestor de intereses.

En el caso de gestores de intereses propios, el funcionario con capacidad de decisión pública deberá dejar constancia del acto de gestión en el formulario de audiencias de gestión de intereses, el que debe contener como mínimo los requisitos previstos en los incisos a), b), e) y f) en lo que sea pertinente”.

Artículo 22.- Del procedimiento y constancia del hecho

La última parte del artículo 5 de la Ley, la constancia del acto de gestión se registrará por dos supuestos:

Intereses propios: (i) El gestor de intereses propios se identificará ante el funcionario con capacidad de decisión pública de la entidad, dejando constancia de sus datos personales. En el caso de personas jurídicas u organismos gremiales, sean empresariales, profesionales y laborales, se identificará su representante autorizado o legal, conforme a lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento; (ii) El funcionario con capacidad de decisión pública de la entidad deberá implementar su propio formulario de Audiencias de Gestión de Intereses, conforme al anexo 1, que forma parte del presente Decreto Supremo; (iii) Finalizado el acto de gestión de intereses, el funcionario con capacidad de decisión pública luego de llenar el formulario entregará un duplicado al gestor de intereses propios quien a su vez deberá firmar tanto el original como el duplicado del mismo; quedando el original en poder del Funcionario para el archivo correspondiente; y (iv) La información contenida en el formulario de Audiencias de Gestión de Intereses tiene carácter público debiendo actualizarse en forma permanente, para garantizar su libre acceso y difusión a través del Portal de Transparencia de la entidad, o en su defecto por cualquier otro medio de difusión masiva accesible a los ciudadanos. La custodia de dichos formularios es de responsabilidad de la Oficina General de Administración o la que haga sus veces.

presentación de la información conforme al protocolo antes descrito. De la lectura de la norma, resalta el carácter de obligatoriedad por presentar constancias de reuniones de la información conversada y de los participantes; lo que además deberá ser de público acceso conforme al Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En ese orden, el artículo 9° del mismo cuerpo normativo relata el régimen de incompatibilidades y conflicto de intereses de los funcionarios de la administración pública hasta doce meses después de haber concluido funciones, en el ámbito donde hubiera tenido competencia funcional. Lo anterior es aplicable para la participación en empresas privadas, en el entendido de que podría generarse un conflicto de interés debido a la información privilegiada a la que pudo tener acceso en el ejercicio de su función.

Es importante resaltar también que la regulación establece al Registro de Gestión de Intereses como uno de los instrumentos de prevención de los conflictos de interés, pues en el artículo 16° se deja establecida la obligatoriedad por parte de las entidades de registrar las visitas y las agendas oficiales de los funcionarios. Esto forma parte de la Sexta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1353, modificado en enero del 2017. Esta disposición precisa la obligatoriedad de señalar: i) nombre de la persona o personas; ii) identificación; iii) persona natural o jurídica a la que se representa; iv)

En el caso de gestor profesional de intereses: i) Se identificará ante el funcionario con capacidad de decisión pública, dejando constancia de sus datos personales y del número de inscripción en el Registro, así como de la persona titular del interés a la cual representa. Tratándose de una persona jurídica que actúa como gestor profesional, su representante dejará constancia del número de licencia de la persona jurídica por la cual actúa, y la información sobre su inclusión en la relación de personas naturales a que se refiere el segundo párrafo del artículo 12 del presente Reglamento; ii) El funcionario con capacidad de decisión pública deberá expresar en la Constancia respectiva, la información señalada en el artículo 21 del presente Reglamento; iii) El funcionario con capacidad de decisión pública suscribirá la Constancia conjuntamente con el gestor de intereses en duplicado; iii) Una constancia será entregada al gestor de intereses para los efectos de su inscripción en el Registro; iv) El duplicado de la Constancia, autenticada por el fedatario de la entidad correspondiente, deberá ser remitida por el funcionario con capacidad de decisión pública, a la Oficina General de Administración o la que haga sus veces, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de realizado el acto de gestión; v) La Oficina General de Administración o la que haga sus veces, remitirá al Registro copia autenticada por el fedatario de la institución que la expida, del duplicado de la constancia, dentro del término perentorio de quince (15) días hábiles de recibida del funcionario con capacidad de decisión pública; y; vi) El procedimiento antes descrito se observará también para los casos en los que el gestor profesional de intereses realice de manera simultánea un acto de gestión ante varios funcionarios con capacidad de decisión pública en forma conjunta. En este supuesto se suscribirá una sola Constancia donde se dará cuenta de tal circunstancia y la suscribirán de conformidad con el literal c) del inciso 2 del presente artículo. Este procedimiento también se observará para los casos en que intervengan más de un gestor profesional de intereses respecto al mismo acto de gestión".

funcionario o servidor visitado; (v) cargo o posición en la entidad; (vi) motivo de la reunión; y vii) hora de ingreso y salida²⁴.

Lo anterior genera la obligación de realizar la publicación en el portal de la entidad y en la plataforma web de Integridad, debiendo actualizarse de manera diaria, inclusive, aquellos actos que pudieran realizarse fuera de la sede de la entidad.

En ese orden, lo referido a las liberalidades es desarrollado en el artículo 17° de la Ley de Gestión de Intereses, así como, las prohibiciones de recepción de regalos, donaciones, servicios, entre otros conceptos²⁵ que podrían generar una situación de conflicto de interés y así perjudicar el juicio del servidor o funcionario público en el marco de una toma de decisión como representante de la entidad.

No obstante, la Ley N° 28024 en su artículo siguiente contempla excepciones, las mismas que se encuentran vinculadas a los servicios de capacitación (que pueden incluir hospitalidad), premios entregados en eventos públicos, donaciones a favor del Estado, entre otros. De la lectura de la norma, se desprende que ello es entendido como cortesías tolerables, que no pondrían en riesgo la imparcialidad y buen juicio del funcionario o servidor.

Conforme se precisará más adelante, esta podría ser una práctica común en la difusión de

²⁴ El reglamento de la Ley N° 28024, precisa en el artículo 21° el contenido de la constancia: “En el caso de gestores profesionales de intereses, se expedirá una Constancia que deberá contener: a) Lugar, fecha y hora del acto de gestión) Identificación del gestor de intereses, incluyendo el número de inscripción en el Registro. Tratándose de personas jurídicas u organismos gremiales, empresariales y laborales que realizan actividades de gestor profesional, identificación del representante autorizado o legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del presente Reglamento; c) Identificación del representante o representantes del gestor profesional cuando este constituye una persona jurídica; d) Identificación de la persona natural o jurídica a favor de quien lleva a cabo el acto de gestión; e) Motivo y finalidad del acto de gestión, identificando la decisión pública específica que se busca obtener y un breve resumen de los puntos tratados durante el acto de gestión; f) Identificación del funcionario con capacidad de decisión pública, especificando su cargo, el nombre de la entidad a la que pertenece y la unidad orgánica en la que desarrolla sus funciones; g) La identidad de los demás asistentes al acto de gestión, si los hubiera; y h) Firma del funcionario con capacidad de decisión pública y del gestor de intereses.

En el caso de gestores de intereses propios, el funcionario con capacidad de decisión pública deberá dejar constancia del acto de gestión en el formulario de audiencias de gestión de intereses, el que debe contener como mínimo los requisitos previstos en los incisos a), b), e) y f) en lo que sea pertinente”.

²⁵ La regulación del artículo 17° de la Ley N° 28024 establece la prohibición de recepción (directa o indirectamente), cualquier liberalidad de los gestores de intereses o de cualquier tercero, obsequios, donaciones, servicios gratuitos, ofertas de cargos o empleos. Ello se extiende al cónyuge del funcionario o servidor, así como, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo grado de afinidad.

medicamentos. Finalmente, cabe precisar que en relación con lo referido a las sanciones, el Reglamento actualmente derogado de la Ley N° 28024 preveía sanciones para el gestor de intereses. Estas podían considerarse desde una amonestación escrita, multa, suspensión de licencia, cancelación de la licencia o inhabilitación. Además, según el artículo 40° del derogado Reglamento, esto debía pasar por un cuadro de gradualidad de sanción, tal y como se describe a continuación:

| # | Sanción | Descripción |
|---|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Leve | Amonestación escrita o multa de hasta 3 UIT. |
| 2 | Grave | Multas mayores de 3 UIT hasta 20 UIT o suspensión de licencia de 3 meses. |
| 3 | Muy grave | Multas mayores de 20 UIT hasta 50 UIT o suspensión de licencia mayor de 3 hasta 24 meses; de lo contrario, cancelación de la licencia e inhabilitación. |

Figura 11. Gradualidad de sanción.

Sin embargo, con la derogatoria del Reglamento indicado que se dio con la publicación del Decreto Supremo N° 120 – 2019 – PCM, se eliminaron las sanciones mencionadas. A diferencia del Reglamento anterior, se menciona que los funcionarios públicos serán pasibles de las acciones y sanciones establecidas en la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, las mismas que por los criterios establecidos en la normativa aplicable, son más graves. Lo que no necesariamente implica un efecto disuasivo en la conducta de los funcionarios y/o servidores públicos.

Asimismo, cabe resaltar que con el nuevo Reglamento se ha puesto énfasis en obligar a las instituciones públicas a divulgar toda información referida a reuniones con privados, reforzando de esta manera lo estipulado por la Ley N° 28024 (Semana Económica, 2019).

3.1.2. El código de ética del funcionario público

Como sostiene Fernández (2010), una de las tendencias estatales de la época moderna ha sido su constante preocupación por la modernización de la gestión pública y, por ende, se ha buscado generar el correcto funcionamiento y eficiencia de sus entes administrativos. Esto ha generado que las políticas públicas en este ámbito se centren en el análisis de los comportamientos éticos de los sujetos que ejercen una función pública dentro de la administración pública, así como, quienes forman parte de la toma de decisión.

La preocupación por el perfil ético del funcionario público se debe, entre otras razones, a los siempre existentes casos de corrupción, que por ejemplo en la región sudamericana con el caso de la Empresa Odebrecht y diversas entidades de la Administración Pública de los Estados sudamericanos —incluido el Perú— ha sido dado a conocer a la opinión pública. En estos casos se han expuesto situaciones deplorables en las cuales sujetos que venían ejerciendo funciones en altos cargos públicos como ministros, presidentes, congresistas e inclusive funcionarios de menor rango, venían siendo parte de una estructura de corrupción, evidenciando carencia de estándares éticos y morales al sobreponer sus intereses personales por encima de los intereses generales del Estado. Este es un aspecto que ha hecho centrar la atención en la ética pública y querer indagar en las falencias de tal problemática.

Teniendo en cuenta lo señalado, para efectos de nuestra investigación, es imprescindible desarrollar la normativa existente en relación a la ética pública en el Perú. Sin embargo, antes de analizar la normativa de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, resulta importante delimitar algunos conceptos y explicar su desarrollo en el derecho comparado, de modo que cuando se analice la normativa nacional, sea más factible establecer lo bueno y lo malo de nuestro Código de Ética en la Función Pública.

En primer término, se abordará de manera conceptual lo que implican los conceptos de ética pública y función pública. Para tal efecto, se debe tener en claro que la ética pública es una “disciplina que tiene por objeto el estudio de la normativa legal concerniente a las reglas de organización y de actuación administrativa que garanticen un comportamiento óptimo y eficaz dentro de la Administración Pública” (Fernández, 2010, p.111). Por otra parte, Ruffner (2006) considera que la ética pública es aquella disciplina que tiene por objeto de estudio los hechos morales que clasifican las acciones de las personas en “virtudes y vicios” y, por tanto, en “acciones debidas e indebidas” (p.61). Así también, para Bustamante (2006) la ética pública está referida a un grupo de fines que debe realizar el poder político a través del derecho, teniendo como meta el desarrollo integral de cada persona (citado por Ruffner, 2006, p. 62).

Por su parte, Naessens (2010) afirma que la ética en la función pública tiene como eje central la idea de servicio, las tareas y las actividades que realizan los funcionarios públicos en

beneficio del bien común y, para ello, conforme sostiene García (2001) se utiliza una serie de principios que son el reflejo de una determinada cultura administrativa.

De lo señalado por la doctrina se puede comprender que la ética pública está relacionada con la fijación de reglas morales para la actuación de los servidores públicos en la administración pública en el marco del ejercicio de sus funciones. Estas reglas están materializadas en una serie de principios aplicables que tienen por finalidad que las decisiones públicas sean más racionales y transparentes, de modo que constituyan un instrumento de medular para la prevención de conflictos de interés.

En otros términos, la ética pública consiste en lograr un comportamiento adecuado de los funcionarios públicos para que en el marco de sus funciones garanticen el fiel cumplimiento de los intereses generales de la República y se dejen de incentivar los comportamientos negativos que favorezcan, entre otros, actos de corrupción²⁶.

Otro aspecto doctrinario a considerar dentro de la disciplina de la “ética pública” es que en ella se hacen dos distinciones: por un lado, la “ética negativa”, dimensión que actúa como límite para la realización de actos negativos por parte de los servidores públicos en perjuicio de los intereses generales de la República; y por otro lado, la “ética positiva” destinada a “reavivar el sentido del servicio público a través del fomento de valores e incentivos” (Fernández, 2010, p.113).

De esta manera, no se puede dejar de lado el aspecto histórico acerca de la evolución de la “ética pública” a lo largo del tiempo.

La Ética Pública cobra importancia en los años setenta en los Estados Unidos de América a raíz del escándalo Watergate que terminó con la renuncia del Presidente Richard Nixon (...). Es cuando se crean mecanismos para el fomento de la ética como por ejemplo la Oficina de Ética y la Ley de Ética en el Gobierno, ambas creadas en 1978 (Fernández, 2010, p. 125).

A partir de este escándalo mundial, se hizo evidente algo que hasta esa fecha no había sido conocido: que un presidente pudiera actuar y tomar decisiones que constituyeran graves faltas a la ética en su condición de máximo representante del Estado. Con ello se superó el

²⁶ En relación a la utilización del término “ética pública”, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español se utiliza indistintamente también el término “ética administrativa”.

paradigma con el cual se creía que las personas que ocupan cargos públicos son —sin excepción— respetables y que por tanto la ética es inherente a ellos.

A partir de este hito, comenzaron a surgir en las últimas décadas los denominados “Códigos de Ética” como un esfuerzo de los Estados por integrar los valores personales de sus servidores públicos con los valores institucionales de cada Estado. Así, por ejemplo, en 1990 Nueva Zelanda dio a conocer su Código de Ética; en 1991, Portugal; en 1992, Estados Unidos; en 1995, Reino Unido; y en 1996, Canadá²⁷. Como se puede advertir, la mayoría de estos códigos datan de la década de los noventa, a diferencia del Perú que hizo público su Código de Ética de la Función Pública en el año 2002; posterior a la década de más grande corrupción en el país.

La pregunta que a continuación surge es la siguiente: ¿qué es y qué contiene o debe contener un Código Ético para prevenir los conflictos de interés? Para Jiménez (s. f.), en la función pública este código vendría a ser una herramienta utilizada por la administración pública para mejorar la calidad institucional de las entidades que la conforman y tiene como fines los siguientes: i) promocionar en los servidores públicos una serie de principios o valores deseables; y ii) evitar actitudes antiéticas para reforzar la confianza de la ciudadanía en las instituciones de la administración pública (citado por Fernández, 2014, p. 23).

Asimismo, en su contenido debe albergar principios y valores sobre los cuales deben actuar los servidores públicos. A nivel doctrinal, Martínez (s.f.) afirma que los valores específicos de una ética pública contemporánea deben centrarse en “la profesionalidad, la eficiencia, la eficacia, la calidad en el producto final, la atención y el servicio al ciudadano, la objetividad, la transparencia, la imparcialidad y la sensibilidad” (citado por Bautista 1997, p. 24).

Por otra parte, Camps (s/f) sostiene que los valores del servidor público son los siguientes: “El servicio al interés general, la imparcialidad, la transparencia, el uso adecuado de los bienes públicos, la responsabilidad profesional, la lealtad a la administración, así como, la humanización de la administración” (citado por Martínez 1997, p. 58).

²⁷ Como se puede advertir el desarrollo de Códigos de Ética en el derecho comparado data de fecha anterior al Código de Ética del Perú, lo que demuestra una despreocupación por implementar este instrumento en nuestro país.

Habiendo expuesto algunos de los valores que la doctrina considera como parte de la ética pública moderna, Bautista (2005) afirma que en relación a tales valores existen dos corrientes: por un lado, está la corriente que sostiene que cada país en tanto tiene una historia, costumbres y cultura diferente, debe elegir sus valores, negándose a la posibilidad de valores universales en la ética pública. Y, por otro lado, está la corriente que sostiene que sí es posible identificar valores universales para la administración pública, siendo alguno de estos “la lealtad a los principios constitucionales, la honestidad, el respeto, la defensa de los bienes y el patrimonio público, la responsabilidad y el buen trato de los ciudadanos” (pp. 131-132).

Todos los valores mencionados se encuentran contenidos en las diferentes normativas sobre ética en diversos países del mundo. No obstante, al margen de la existencia de ambas corrientes, el saldo positivo que dejan es que ambas no se contraponen, más bien se complementan entre sí. Específicamente en este punto se centra la siguiente figura de valores y principios generales:

| # | Países | Principios |
|---|----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Estados Unidos | Abstenerse de intereses personales, conservación del patrimonio, dedicación, denuncia de actitudes antiéticas, responsabilidad, evitar apariencias indebidas, honor y mérito, lealtad a la Constitución, no comerciar el cargo, no aceptar regalos ni sobornos, integridad, obediencia y no comprometer al Gobierno. |
| 2 | Reino Unido | Desinterés, humildad, integridad, liderazgo, objetividad, responsabilidad y transparencia. |
| 3 | España | Austeridad, accesibilidad, confidencialidad, credibilidad, dedicación al servicio, ejemplaridad, eficacia, honradez, igualdad de género, imparcialidad, integridad, neutralidad, objetividad, promoción cultural y medio ambiental, responsabilidad y transparencia. |

| | | |
|---|--------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4 | México | Bien común, entorno cultural y ecológico, generosidad, honradez, igualdad, imparcialidad, integridad, justicia, liderazgo, rendición de cuentas, respeto y transparencia. |
| 5 | Argentina | Capacitación, colaboración, aptitud, declaración patrimonial, decoro, denuncia de actitudes antiéticas, dignidad, discreción, ejercicio adecuado del cargo, equidad, equilibrio, evaluación, honor, idoneidad, igualdad de trato, independencia de criterio, justicia, legalidad, obediencia, probidad, prudencia, responsabilidad, templanza, tolerancia, transparencia, uso adecuado del tipo de trabajo, uso adecuado de la información y veracidad. |
| 6 | Australia | Compromiso, honradez, hincapié en los resultados, integridad, mejora continua, mérito, responsabilidad y receptividad a las administraciones. |
| 7 | Países Bajos | Cualificación, fiabilidad, imparcialidad, lealtad, profesionalidad y transparencia. |
| 8 | Portugal | Competencia, integridad, legalidad, neutralidad, responsabilidad y servicio público. |

Figura 12. Clasificación de países y sus respectivos principios.

Adaptado de “Los Códigos Éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno”, Bautista, 2005, pp. 132-133.

Con base en los principios y alcance de los códigos de ética que existen, la doctrina se ha encargado de plantear una tipología que consideramos relevante para el objeto de nuestra investigación. Al respecto, existen tres tipos:

- a) Código general: son aquellos que son transversales a toda la Administración Pública independientemente del área u especialidad. Por ende, no describe obligaciones funcionales específicas a sus funcionarios o servidores públicos; sino que establece un estándar genérico.
- b) Código particular: son aquellos instrumentos específicos que están dirigidos a las funciones concretas de cada entidad pública; por ejemplo, en caso de que exista una

exigibilidad que obligue a las diversas entidades a tener una codificación especial. En la práctica es algo que puede ocurrir con algunas entidades.

- c) Código multinacional: son instrumentos que forman parte de la normativa internacional y, por ende, son estándares a tener en cuenta en la ética pública. Por ejemplo: Normas de Conducta de la Administración Pública Internacional de las Naciones Unidas, Código Europeo de Buenas Costumbres Administrativas de la Unión Europea y el Código de Ética del Banco Interamericano de Desarrollo. Es importante precisar la necesidad de que el país se haya adscrito al cumplimiento de dicha regulación de carácter internacional.

Para finalizar, los requisitos mínimos que debe cumplir son los siguientes: fomentar, potenciar los valores y actitudes positivas, así como, proporcionar un criterio sólido para adecuar la conducta de las personas al buen ejercicio de la función pública. En síntesis, se puede decir que el Código de Ética “es un documento normativo y también es un documento educativo, pues presenta un conjunto de valores para que las personas asimilen” (Bautista, 2005, p. 139).

Código de Ética de la Función Pública en el Perú.

En el Perú, la normativa que regula el Código de Ética de los empleados públicos (en el marco de desempeño de sus funciones dentro de la administración pública) está contenida en la Ley N° 27815 promulgada el 22 de julio del 2002 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 033-2005-PCM de fecha 18 de abril del 2005.

Una primera observación que se advierte en el tiempo que tomó la reglamentación de la ley demuestra un evidente desinterés del Estado peruano en el desarrollo de las políticas transversales que permitan difundir una verdadera cultura de integridad.

A partir de esta primera apreciación, a continuación, se analizará la Ley N° 27815 y las modificatorias que en el transcurso del tiempo se le fueron haciendo.

En primer lugar, establece que su ámbito de aplicación se circunscribe a todos los “servidores públicos²⁸” de las entidades de la Administración Pública y las empresas públicas²⁹ en el marco del desempeño de la función pública³⁰.

A continuación, se describirá el capítulo más importante de esta normativa, en la cual se desarrollan tanto los principios como los deberes éticos del servidor público. En cuanto a los principios, la Ley sostiene en su artículo 6° que son “principios de la función pública”:

- a) Respeto: que está referido a los derechos de defensa y el debido procedimiento;
- b) Probidad: para actuar en promoción de los intereses generales del Estado desechando cualquier interés personal;
- c) Eficiencia: en el desarrollo del desempeño del cargo, para lo cual el empleado público debe encontrarse altamente capacitado. Asimismo, necesariamente debe tener aptitud legal, moral y legal;
- d) Idoneidad: la cual debe ser comprendida como una exigencia de aptitud técnica, moral y legal.
- e) Veracidad: lo cual se debe reflejar con la transparencia de las relaciones funcionariales.
- f) Lealtad y obediencia: actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que les imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto

²⁸ Se define a los “servidores públicos” como todo funcionario, servidor o empleado en cualquier nivel jerárquico de la Administración Pública. Se ha resaltado este término, pues posteriormente se hace una modificación terminológica y se cambia el concepto “servidores públicos” por “empleados públicos”: (Art. 2° de la Ley N° 28175).

²⁹ El artículo 1° de la Ley N° 27444 señala que se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública: “1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados; 2. El Poder Legislativo; 3. El Poder Judicial; 4. Los Gobiernos Regionales; 5. Los Gobiernos Locales; 6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía; 7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y 8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia”.

³⁰ El artículo 2 de la Ley 27815, que es objeto de análisis, define a la función pública como “los efectos del presente Código, se entiende por función pública toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en su nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

la realización de actos de servicio. De igual manera, los servidores públicos deben vincularse con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que deberán poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución.

- g) Justicia y equidad: se exige la actuación del empleado público con sus relaciones con el Estado, el administrado, sus superiores, subordinados y con la ciudadanía en general.
- h) Lealtad al Estado de Derecho: el funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto es causal de cese automático e inmediato de la función pública.

De otro lado, en el Capítulo II de la Ley analizada, en cuanto a los “deberes de la función pública” se exige lo siguiente:

| # | Principios | Deberes |
|---|------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Neutralidad | Se exige a los servidores públicos que actúen con independencia e imparcialidad de personas, partidos políticos o instituciones. |
| 2 | Transparencia | Los actos administrativos tienen carácter público y deben ser accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe por tanto brindar información fidedigna, completa y oportuna. |
| 3 | Discreción | Debe guardar reserva respecto de hechos o informaciones de los que tenga conocimiento con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de los deberes y las responsabilidades que le correspondan, en virtud de las normas que regulan el acceso y la transparencia de la información pública. |
| 4 | Ejercicio adecuado del cargo | Con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o |

| | | |
|---|---------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| | | ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas. |
| 5 | Uso adecuado de los bienes del Estado | Debe proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados. |
| 6 | Responsabilidad | Todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su función pública. |

Figura 13. Principios y deberes de la función pública.

Por otra parte, en el Capítulo III, artículo 8º, en cuanto a las “Prohibiciones éticas de los servidores públicos” se manifiesta que el servidor público está prohibido de mantener intereses en conflicto³¹; obtener ventajas indebidas³²; realizar actividades de proselitismo político³³; hacer mal uso de la información privilegiada³⁴; y presionar, amenazar y/o acosar³⁵.

Por último, en el Capítulo IV se desarrolla el título referido a los “Incentivos, sanciones y procedimiento”. Al respecto, se menciona que están a cargo del “Órgano de Alta Dirección” de cada entidad pública, destacándose las siguientes funciones:

³¹ Véase el numeral “1” del artículo 8º de la Ley N° 27815: “1. Mantener intereses en conflicto: mantener relaciones o aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo”.

³² Véase el numeral “2” del artículo 8º de la Ley N° 27815: “Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia”.

³³ Véase el numeral “3” del artículo 8º de la Ley N° 27815: “Realizar actividades de proselitismo político a través de la utilización de sus funciones o por medio de la utilización de infraestructura, bienes o recursos públicos, ya sea a favor o en contra de partidos u organizaciones políticas o candidatos”.

³⁴ Véase el numeral “4” del artículo 8º de la Ley N° 27815: “Participar en transacciones u operaciones financieras utilizando información privilegiada de la entidad a la que pertenece o que pudiera tener acceso a ella por su condición o ejercicio del cargo que desempeña, ni debe permitir el uso impropio de dicha información para el beneficio de algún interés”.

³⁵ Véase el numeral 5 del artículo 8º de la Ley N° 27815: “Ejercer presiones, amenazas o acoso sexual contra otros servidores públicos o subordinados que puedan afectar la dignidad de la persona o inducir a la realización de acciones dolosas”.

a) Difundir el Código de Ética de la Función Pública; b) diseñar, establecer, aplicar y difundir los incentivos y estímulos a los servidores públicos que cumplan con los principios, deberes y obligaciones del presente Código y respeten sus prohibiciones; y c) desarrollar campañas educativas sobre las sanciones para los servidores públicos que tengan prácticas contrarias a los principios establecidos en el presente Código³⁶.

En cuanto a las sanciones a los servidores públicos que transgreden los principios y deberes contenidos en esta Ley, la normativa analizada (conforme se expresa en su artículo 10.2° y delega en el “Reglamento”) prevé una matriz de gestión de consecuencias por incumplimientos al Código de Ética de la Función Pública.

Reglamento del Código de Ética.

Como se explicó, la Ley N° 27815 del Código de Ética de los Servidores Públicos delegó en el Reglamento el desarrollo de las sanciones a los servidores públicos que incumplen o faltan a los principios y deberes contenidos en tal normativa.

En tal sentido, con fecha de 18 de abril del 2005 se promulgó el Decreto Supremo N°033-2016-Servir-PE que contiene el Reglamento de la Ley N° 27815, en el cual la mayoría del contenido es precisamente el capítulo referido a las sanciones y su respectivo procedimiento.

Conforme a lo precisado, las infracciones y sanciones que se contemplan son las siguientes:

| # | Infracciones | Sanción | Criterios para resolver la sanción |
|---|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Infracciones graves | Resolución contractual, destitución y/o multa (la cual puede fijarse hasta en 12 UIT). | Perjuicio ocasionado o los administrados o la administración pública. Afectación a los procedimientos. Naturaleza de las funciones |
| 2 | Infracciones leves | Amonestaciones, suspensiones y/o multa (la | desempeñadas, así como, el cargo y jerarquía del infractor. |

³⁶ Véase el artículo 9.2° de la Ley N° 27815.

| | | | |
|--|--|--------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|
| | | cual puede fijarse hasta en 12 UIT). | El beneficio obtenido por el infractor. La reincidencia o reiteración. |
|--|--|--------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------|

Figura 14. Tipos de infracciones, sanciones y los criterios para resolverlas.

Fuente: Adaptado de los artículos 8°, 9° y 10° de la Ley N° 27815.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, las infracciones y sanciones detalladas en el cuadro tienen una forma diferente de aplicación según el supuesto y tiempo, lo cual se analizará a continuación. El Reglamento de la Ley N° 27815, en los numerales 11.1 y 2 de los artículos 11° y 12° respectivamente señalan tres supuestos de medidas de carácter sancionador. El primero está referido al caso de los “empleados públicos que mantienen vínculos laborales” con entidades de la Administración Pública. En ese caso, el tipo de sanción puede ser la amonestación, la suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones sin goce de remuneraciones hasta por un año, así como, la destitución o despido. El segundo supuesto está referido a los “empleados públicos que no se encuentran en los supuestos anteriores”, quienes pueden ser sancionados con multa o resolución contractual. Por último, el tercer supuesto está referido a los “empleados públicos que ya no desempeñan funciones públicas”, caso en el cual el infractor será sancionado con una multa.

Otro aspecto importante sobre las sanciones a los servidores públicos es el plazo de prescripción de las infracciones que se fija en 3 años, pues en cuanto al procedimiento y su inicio, se señala que puede darse a través de la denuncia de cualquier persona o el informe de cualquier empleado público ante la “Comisión Permanente Especial o Procedimientos Administrativos Disciplinarios de la Entidad”. En tales casos, el infractor será sometido al proceso administrativo disciplinario.

Por último, el Reglamento dentro de su estructura desarrolla lo relacionado a los “incentivos y estímulos” de los principios y deberes de la función pública. En relación a este extremo, se indica que corresponde a la “secretaría general” de cada entidad o quien haga de sus veces, ser la encargada de “...diseñar, establecer, aplicar, los incentivos y estímulos, así como, los mecanismos de protección, a favor de los

Empleados Públicos que denuncien el incumplimiento de las disposiciones de la Ley y presente Reglamento” (Ley N° 27815, artículo 19°).

Asimismo, se establece que los estímulos e incentivos a los se refieren la Ley y el Reglamento se fijen de acuerdo con los criterios que establezcan el titular de la entidad de la Administración Pública a propuesta de la secretaria general. Sin embargo, cuando se buscan elementos específicos en alguna de las entidades públicas a cargo de la compra pública de medicamentos, no se encuentran instrumentos que demuestren más desarrollo de políticas internas y/o más específicas.

Conflicto de intereses en el Código de Ética de la Función Pública.

Hasta este punto, se ha dado cuenta de la importancia que tiene el Código de Ética en la función pública y su rol que desempeña según la normativa y doctrina para prevenir los conflictos de interés en la función pública.

Sin embargo, no pocas veces ha devenido en instrumentos que carecen de impacto real, dado que los principios que contiene no se ven siempre plasmados en la realidad. A pesar de ello, se debe esperar que la ética pública y los principios mencionados sirvan como uno de los medios efectivos para prevenir los conflictos de interés. Se espera que los principios que contienen el “Código de Ética” sean aplicados por parte de los servidores públicos desde una dimensión individual y colectiva, tal y como afirma Txetxu (2014).

Desde una dimensión individual en la ética pública, el servidor público en el desempeño de su labor (gobierno, administración, empresas y organismos del sector público), debe respetar los principios éticos procurando prevenir situaciones individuales en las cuales se encuentre inmerso y signifiquen conflictos de interés en detrimento del interés público. Sin embargo, la obligación de los servidores públicos para la prevención de conflictos de interés no se limita a un aspecto individual; sino que también desde una dimensión colectiva en la ética pública, el servidor público debe prevenir situaciones que impliquen conflictos de interés en la estructura, procesos y cultura institucional de la organización de la administración pública (2014). En otros términos, el servidor público tiene la responsabilidad individual de prevenir conflictos de interés y la responsabilidad colectiva en el entendido de que

se le exige prevenir situaciones que impliquen conflictos de interés a nivel institucional.

Se puede concluir entonces que la normativa referida a la ética pública adquiere suma relevancia con sus disposiciones referidas a los conflictos de interés, teniendo como objetivo central “preservar la imparcialidad de quienes ejercen funciones públicas y evitar que estos se sirvan de dichas funciones para su beneficio particular” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, 2019, p. 12).

Por ello, la ética pública busca impedir el desempeño simultáneo de actividades que puedan afectar la integridad pública y obligar a los servidores públicos a abstenerse de realizar actividades en asuntos sobre los cuales poseen un interés.

3.1.3 Régimen de incompatibilidades de la función pública

Según Fernández (2010), el régimen de incompatibilidades de la función pública es un conjunto de planteamientos que sirven como instrumentos para la eliminación de los eventuales conflictos de interés que puedan concurrir en el desempeño de la administración pública; siendo los controles preventivos más necesarios y eficaces. De forma que el régimen de incompatibilidades tiene por objeto garantizar el principio de imparcialidad y la moralidad en la administración pública.

En tal sentido, lo que se pretende de forma concreta con este régimen normativo es proteger los intereses generales del Estado de los principales vicios del procedimiento de contratación en el sector público: clientelismo, desigualdad de oportunidades, falta de transparencia, conculcación de la libre concurrencia e ineficiencia del contrato. En otros términos más sencillos, el régimen de incompatibilidades en la contratación pública “constituyen situaciones precisas para la imposibilidad de contratar con el Estado” (Barreto, 2017, p.121). Para Mallol (2014), las incompatibilidades en la contratación pública son las siguientes:

(...) circunstancias heterogéneas que impiden la celebración de contratos con el sector público, porque en ellas subyace o albergan dudas sobre la honorabilidad del contratista, o bien, posibles conflictos de interés que aconsejan limitar la contratación con los sujetos en quien incurre con el objetivo de garantizar la objetividad y la imparcialidad en la contratación pública (p. 122).

De lo anterior, se advierte que el fundamento del régimen de incompatibilidades se sustenta en la necesidad de preservar la “moralidad administrativa” y, por ende, su marco regulatorio

tiene como misión y está dirigido a evitar eventuales conflictos de interés. Así, desde un punto de vista técnico, este marco normativo se constituye como un instrumento legal que busca garantizar la transparencia en la contratación pública.

En el Perú, el régimen de incompatibilidades en la función pública fue introducido en la normativa nacional en el año 2001, mediante la Ley N° 27588 y posteriormente se emitió su Reglamento, esto mediante el Decreto Supremo N° 019-2002-PCM. A continuación, se analizarán ambos instrumentos normativos para entender la forma en la que han sido estructurados y concebidos dentro de nuestro ordenamiento. Al respecto, la Ley N° 27588 establece un marco regulatorio reducido, en el cual resaltan únicamente cinco artículos y dos disposiciones complementarias.

De esta manera, el régimen de incompatibilidades adoptado por el Perú tiene por servidores públicos plausibles de aplicación a los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de consejos consultivos, tribunales administrativos, comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de este en directorios; así como, los asesores, funcionarios o servidores.

Los servidores y funcionarios públicos descritos, mediante esta Ley y conforme se desprende del artículo 1°, tienen una obligación de secreto o de confidencialidad con la Administración Pública, a fin de garantizar los intereses generales del Estado. Ello respecto a la información que en el cumplimiento de sus funciones han llegado a conocer de diversa forma o en el supuesto de que su opinión haya sido crucial en una toma de decisión relevante.

Adicionalmente, se parte de la premisa de que la información protegida por la normativa es aquella que pueda ser empleada en beneficio de los servidores públicos señalados o de terceros en perjuicio del Estado. Así también, existen dos tipos de información protegida: i) una que tiene carácter secreto o reservado por mandato de reserva legal expresa; y ii) otra que sin este carácter puede contener información privilegiada que puede ser utilizada en contra del interés público.

En un eventual caso de que los servidores públicos incumplan el mandato de confidencialidad, la regulación establece que tal acto implicará la transgresión del principio de buena fe y será sancionada con la inhabilitación para prestar servicios al Estado, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubiera lugar.

Posteriormente, se desarrolla que tales servidores públicos que cuenten con una información privilegiada tienen una serie de impedimentos con empresas o instituciones privadas comprendidas en el “ámbito específico de su función pública” y se establece que tales impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad en la Administración Pública.

El régimen de incompatibilidades presenta un tipo de sanción inhabilitante que ordena la prohibición de prestar servicios al Estado y otro de índole económica. Esta última consistente en el pago de una penalidad ascendente al monto total de las remuneraciones, honorarios, dietas o cualquier otro beneficio económico percibido o pactado. En ambos supuestos se deja de forma indirecta o se utiliza el término “sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o que hubiera lugar” (Ley 27588, artículos 1° y 4°).

Es importante señalar que el órgano a cargo de la supervisión y control del régimen de incompatibilidades es la Contraloría General de la República, conforme se establece en el artículo 5° de la Ley N° 27588.

Por otra parte, el Reglamento de esta Ley fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2002-PCM, el 7 de marzo del año 2002. Al igual que la Ley, su referencia es bastante genérica, un reflejo de ello es que cuenta con nueve artículos que desarrollan los preceptos “generales” y limitantes. En los primeros seis artículos se hace referencia a los servidores públicos ya señalados por la Ley N° 27588, haciendo especial énfasis en que las incompatibilidades se producen respecto de las empresas y entidades sobre las cuales dicha repartición de la administración pública hubiera tenido competencia funcional directa.

Por último, en el artículo 8° se precisa que los siguientes supuestos no se encuentran comprendidos en el ámbito de la Ley N° 27588:

- a) Los contratos para la prestación de servicios públicos o que, versen sobre operaciones que normalmente realice la empresa con terceros y, siempre que se lleven a cabo en las condiciones ofrecidas a otros consumidores o usuarios.
- b) Las acciones o participaciones de sociedades que los funcionarios públicos hubieran tenido en propiedad al momento de asumir el cargo o función pública.

Si bien, en la actualidad con la obligación de presentar la declaración jurada de intereses se elimina la posibilidad de no declarar la participación en sociedades, lo evidente es que no

existe un correlato entre ambas regulaciones; y en su defecto, la modificatoria a dicho artículo es una cuestión pendiente.

3.1.4 El conflicto de intereses en la regulación de la contratación pública: sector salud

En este apartado se abordará la Ley de Contrataciones con el Estado – Ley N° 30225 y su Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF del 12 de marzo del 2019, con la finalidad principal de identificar y analizar los principios que recoge esta normativa sobre los estándares de ética pública y conflictos de intereses, tal y como la regulación española lo hace.

Conforme lo señalan ambos instrumentos legales, la normativa de contrataciones con el Estado tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos en el ámbito de la contratación pública, de modo que se siga en las mejores condiciones y se promueva el cumplimiento de los fines públicos (Reglamento de la Ley N° 30225, artículo 1°).

Asimismo, ambas normas recogen una serie de principios que se debe tenerse presente en los procesos de contratación pública. A continuación, se detallarán los siguientes principios que se encuentran alineados con la ética pública y prevención de conflictos de interés:

- a) Principio de transparencia: cumple un rol muy importante, puesto que tiene un carácter transversal que debe observarse para el cumplimiento de toda la normativa de contrataciones con el Estado; en el aspecto concreto de la contratación busca que este proceso se desarrolle “bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad” (Reglamento de la Ley N° 30225, Inciso “c”, del artículo 2°).
- b) Principio de publicidad: permite que el proceso de contratación pública puede ser plausible de supervisión y control (Reglamento de la Ley N° 30225, Inciso “d”, del artículo 2°).
- c) Principio de integridad: se exige de los participantes del proceso de contratación pública, una actuación guiada por la veracidad y honestidad. Para ello, se debe procurar evitar situaciones indebidas y si ello ocurriera tienen la obligación también de comunicar oportuna y directamente a la autoridad competente (Reglamento de la Ley N° 30225, Inciso “j”, del artículo 2°).

Los principios desarrollados juegan un rol preventivo dentro de la contratación estatal, pues gracias a la aplicación real del principio de transparencia, a través del mecanismo de subasta inversa se tienen procesos de contratación pública en condiciones de igualdad, objetivos e imparciales; así como, con una mayor difusión de publicidad sobre los procesos de contratación pública, lo que permite supervisar y controlar todo el proceso de contratación pública, inclusive promoviendo un mayor escrutinio ciudadano. Por ello, ambos principios se complementan con el principio de integridad y los deberes que implica la actuación de los servidores públicos³⁷.

Conforme se desarrolló en el primer capítulo, el mecanismo de subasta inversa electrónica para efectos de la contratación pública de medicamentos supera los riesgos de corrupción en la adquisición; sin embargo, como se ha advertido, la regulación de contratación pública estatal solo hace referencia expresa a la existencia del conflicto de interés en el caso de las incompatibilidades para la contratación pública por parte de los funcionarios y/o servidores públicos, cuando la complejidad del conflicto de intereses es más que eso.

No obstante, un hecho que no puede pasar inadvertido es que a la fecha, conforme a la memoria anual de Perú Compras (2017), se ha definido un modelo que busca catalogar el 50% de la contratación central del Estado, así como, establecer 2000 fichas técnicas para subasta inversa y 500 fichas de homologación; lo que permite transitar el cambio entre la compra tradicional al modelo electrónico. Si bien esto podría disminuir los tiempos de contratación, dependiendo de la herramienta a utilizar y combatiéndose con ello frontalmente la corrupción, lo real es que no todo el modelo de contratación pública ha cambiado y, por tanto, existe un riesgo real en la otra mitad, cuando inclusive, se advierte la

³⁷ Otro aspecto resaltante de ambas normativas está referido a los impedimentos de ser participantes, postores, contratistas y subcontratistas en cualquier tipo o régimen legal de contratación que tienen algunos funcionarios y/o servidores públicos. Por ejemplo, el artículo 11° del Reglamento de la Ley N° 30225: Presidente y los Vicepresidentes de la República, Congresistas de la República, Jueces Supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, miembros del Órgano Colegiado de los Organismos Colegiados, Ministros, Viceministros, Gobernadores, Vicegobernadores, Consejeros de los Gobiernos Regionales, Jueces de las Cortes Superiores, Alcaldes, Regidores, Titulares de las instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, gerentes de las empresas del Estado, y los servidores públicos de las empresas del Estado. Conforme a la regulación, el plazo de impedimento para contratación con el Estado es de 12 meses, inclusive, después de haber terminado su función.

situación de los productos médicos patentados y las compras directas ejecutados por las entidades ejecutoras.

Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí y como lo precisa la guía de prevención de conflicto de interés en la contratación pública de la Comisión Europea de Lucha contra el Fraude (2014) de la Unión Europea, se puede mencionar que “los principales requisitos éticos de honestidad, integridad e imparcialidad son fácilmente aplicables a la contratación pública, pero es comprensible que se requieran declaraciones o compromisos específicos de los empleados directamente implicados en las actividades de contratación pública” (pp. 13-14). Algo de lo que conforme se ha advertido, nuestra regulación carece.

3.2. Un diagnóstico de los actores de la compra pública de medicamentos

Conforme se adelantó en los puntos precedentes, la efectividad de la investigación se encuentra sujeta a entender el contexto en temas de ética e integridad en el que los funcionarios y servidores públicos involucrados en el proceso de compra pública de medicamentos realizan su trabajo. De esta manera, se vio conveniente la realización de encuestas que ejemplifiquen la situación, haciendo uso de un método cuantitativo para la recopilación de datos e interpretación de los mismos.

Según lo explicado por Cobertta (2003), la metodología cuantitativa es de tipo tradicional y permite identificar aspectos susceptibles de ser cuantificados, teniendo como base la estadística en la interpretación de los datos. En nuestro caso, el planeamiento sobre el que se sostiene la investigación está vinculado a los aspectos formales del conocimiento de la ética e integridad pública en el Perú por parte de los funcionarios y servidores públicos involucrados en la compra pública de medicamentos, ello, a partir de la premisa del conocimiento de la regulación vinculada a la ética e integridad pública en la especialidad de conflicto de intereses y su relación con funcionarios del sector privado; así como, la difusión de las herramientas y canales de escalamiento (duda, denuncia o reporte).

Para lo anterior, se definió un área de estudio centrada en los funcionarios y servidores públicos de las siguientes entidades: i) Ministerio de Salud del Perú, a través del Cenares; ii) Essalud; iii) Hospitales públicos de Lima y Provincia; y iv) Perú Compras. Específicamente, los puestos de jefe de farmacia y/o logística, médicos, técnicos, especialistas, jefes y

directores de entidad. En esa medida, con la finalidad de tener un orden en la presentación de los resultados de la encuesta se priorizó ordenarlos de la siguiente forma, en algunos casos, indistintamente de la entidad a la que pertenecen:

1. Rol general: médicos, técnicos y asistentes
2. Mando medio: especialistas
3. Rol ejecutivo: directores y jefes

Dada la particularidad de la gestión interna de cada entidad y la reticencia por parte de los funcionarios y servidores a brindar información en temas de ética e integridad de su entidad, se ejecutó la encuesta de forma presencial a una población de cincuenta funcionarios entrevistados entre hombres y mujeres, garantizando la confidencialidad de su identidad, en conformidad de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N° 29733.

Cada cuestionario entregado en sobre cerrado a los funcionarios y servidores detallan 20 preguntas (ver anexos) vinculadas sobre todo al conocimiento, familiaridad, gestión de la capacitación y desarrollo de los profesionales en temas de ética e integridad y conflicto de intereses por parte de sus respectivas entidades. Es importante precisar, que el uso del cuestionario fue útil, pues permitió reunir información relevante en poco tiempo para los fines de la investigación y en el cual respondieron información sobre sí mismos, sus experiencias como funcionarios/servidores y la temática antes descrita.

A continuación, se presentarán los principales resultados cuantitativos de la investigación de manera aleatoria. Por ejemplo, a la pregunta “¿cómo calificaría la situación de su entidad en temas de ética e integridad pública, en comparación a los últimos cinco años?”.



Figura 15. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Se advierte que más del 80% de los encuestados considera que la situación vinculada a la integridad y ética pública de su entidad se mantiene “igual o peor”; a la vez que, el 18% considera que ha “mejorado poco”.

Por su parte, se consultó específicamente “¿cuántos de los encuestados conocen el código de ética del funcionario público?”, se obtuvo el siguiente resultado:

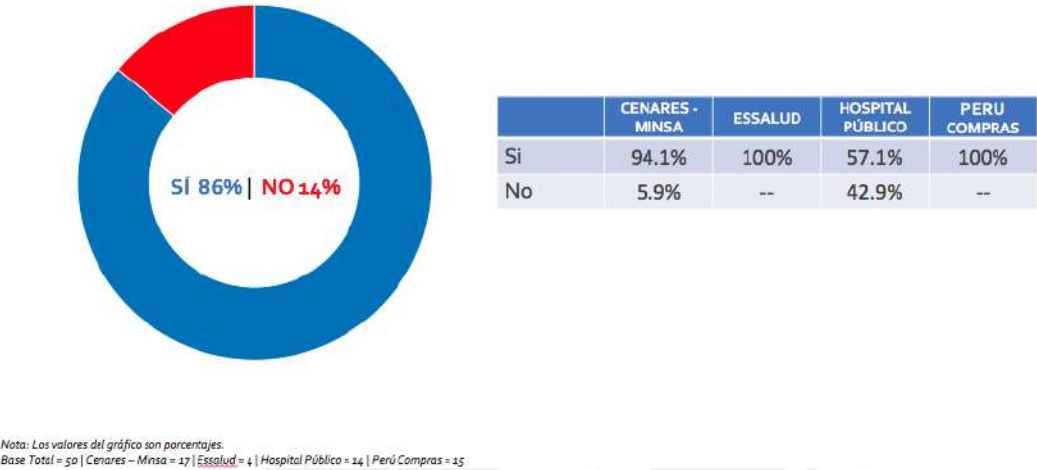
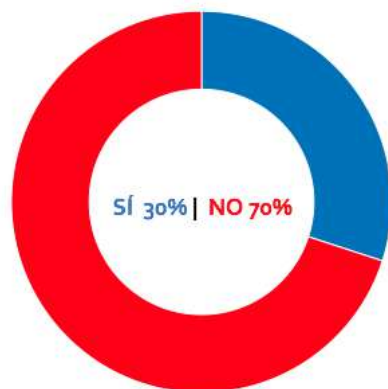


Figura 16. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Al respecto, se muestra que un porcentaje importante de los encuestados manifiesta conocer el código de ética de la función pública. Sin embargo, cuando se revisó el indicador más a detalle, se pudo confirmar que el porcentaje mayoritario de desconocimiento de la existencia del código de ética, proviene —en su mayoría— de los funcionarios de salud de los hospitales. Asimismo, cuando se profundizó sobre los temas vinculados al código de ética de la función pública. Por ejemplo “¿si han recibido capacitación vinculada al código de ética?”, el resultado fue contundente:



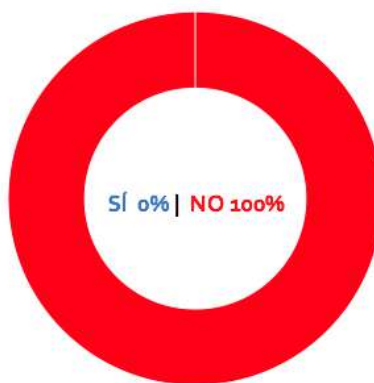
| | CENARES - MINS | ESSALUD | HOSPITAL PÚBLICO | PERU COMPRAS |
|----|----------------|---------|------------------|--------------|
| Si | 6.3% | 25.0% | -- | 73.3% |
| No | 93.8% | 75.0% | 100% | 26.7% |

Nota: Los valores del gráfico son porcentajes.

Base conocen el código de Ética del funcionario Público = 43 | Cenares – Minsa = 16 | Essalud = 4 | Hospital Público = 8 | Perú Compras = 15

Figura 17. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Más del 70% afirmó que no había recibido capacitación vinculada a temas del código de ética y la cifra fue aún más alarmante cuando se revisaron los resultados en el caso de los hospitales públicos. Naturalmente, y dado que el tema de la investigación se centra en el conflicto de intereses, se les preguntó a los funcionarios y servidores encuestados si alguna vez habían recibido capacitación en conflicto de intereses. La respuesta fue la siguiente:



Nota: Los valores del gráfico son porcentajes.

Base Total = 50 | Cenares – Minsa = 17 | Essalud = 4 | Hospital Público = 14 | Perú Compras = 15

Figura 18. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Con esto se confirmó que no existen planes de capacitación al interior de las entidades, inclusive de aquellas vinculadas a la compra pública de medicamentos que proporcionen

información a los funcionarios sobre las especificaciones del código y/o leyes especiales que los prevengan de la comisión y faltas vinculadas al conflicto de intereses.

En esa línea, cuando fueron consultados sobre “¿qué tan difundidos a través de comunicados/boletines se encuentran dentro de su entidad los temas vinculados a la ética e integridad pública? A efectos de realizar una pregunta cerrada, los dividimos en cuatro tópicos: i) código de ética de la función pública; ii) conflicto de intereses; iii) reuniones con proveedores; y iv) recepción de regalos/cortesías. Los resultados fueron variables, sin embargo, se mantuvo un alto porcentaje de poca difusión. En la siguiente figura se muestra a detalle:

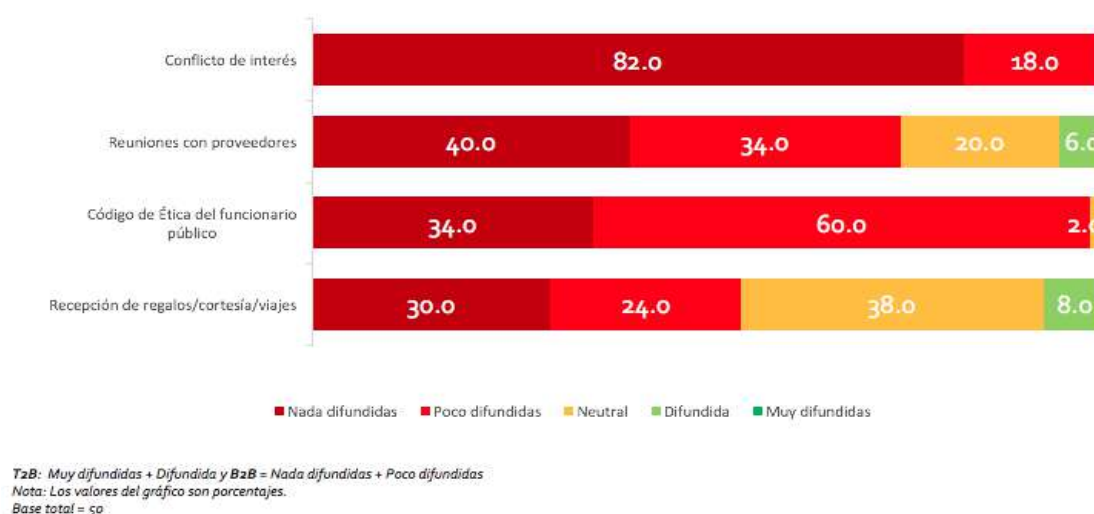


Figura 19. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Por otra parte, al consultar sobre la existencia de herramientas de escalamiento, es decir, de reporte, denuncia o consulta, vinculadas a la prevención de la ética e integridad al interior de la entidad, descubrimos que:

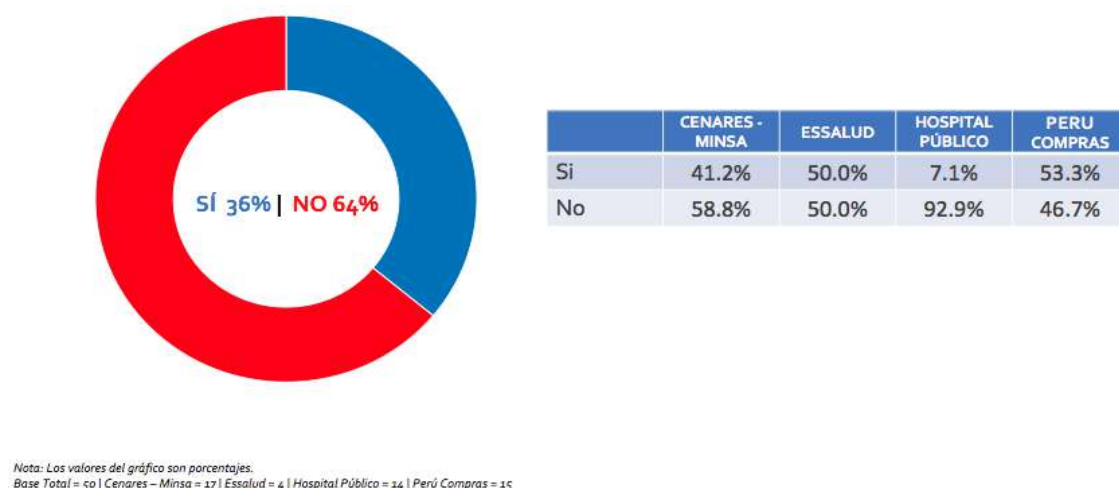


Figura 20. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

En la figura se puede observar que el 64% no tiene conocimiento de las herramientas al interior de su entidad y de dónde acudir en caso de que se presente una situación que represente una falta o incorrección a la conducta esperada de un funcionario o servidor. De ahí que, en caso un superior les exige algo inapropiado o si observa alguna mala gestión en su entidad o por razones de conciencia no tenga los flujos adecuados para escalar dicha irregularidad. No obstante, el 36% manifestó que sí tenía una herramienta; sin embargo, cuando preguntamos “¿cuál?”, este fue el resultado:

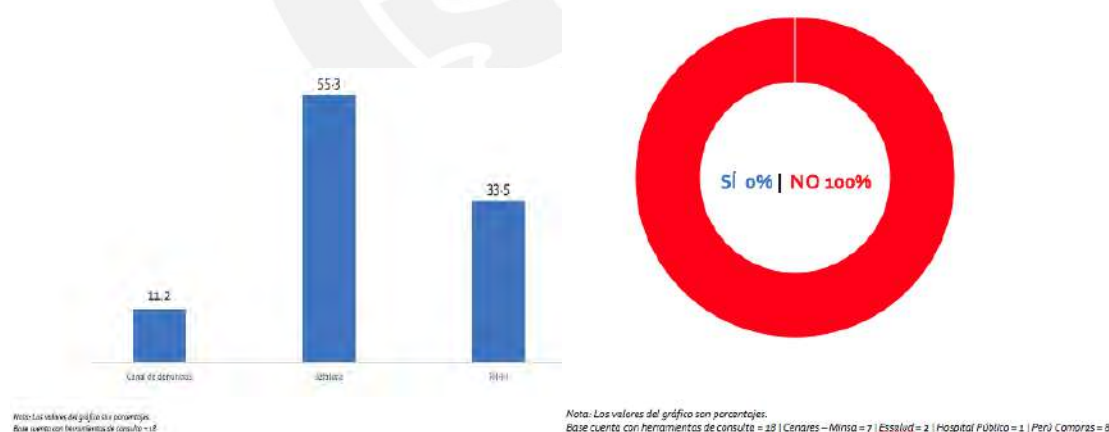


Figura 21. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Quienes contestaron “Sí” a la anterior pregunta, afirmaron que podrían escalar la situación a su jefatura, recursos humanos y en un menor porcentaje, a través del canal de denuncias de la entidad. No obstante, el 100% afirmó que no había sido capacitado para el uso de ninguna de las anteriores.

Por último, y a efectos de medir el riesgo al que se encuentran vinculados los funcionarios y servidores públicos, decidimos preguntar por la cantidad de veces al año que se juntan con funcionarios del sector privado y/o algún privado.

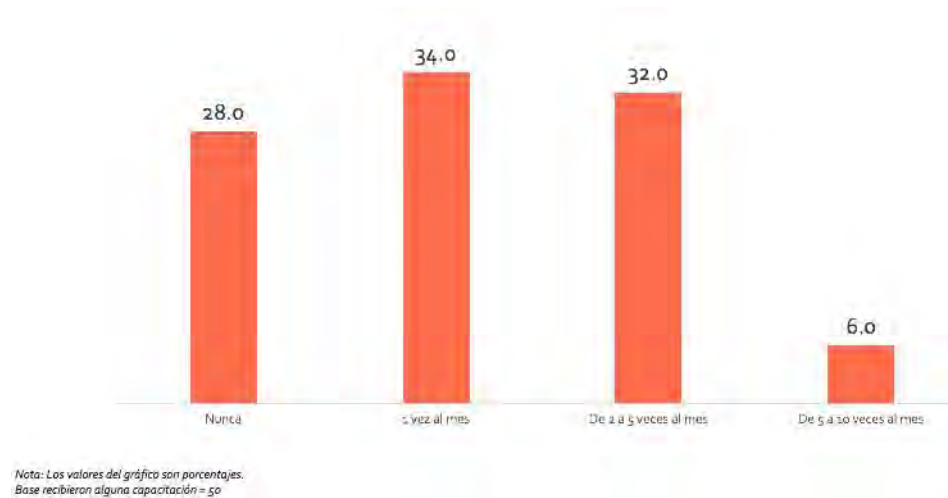


Figura 22. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

La figura anterior demuestra la vinculación entre los funcionarios y servidores a cargo del flujo de compra pública de medicamentos y los funcionarios del sector privado, quienes —en su mayoría— en el uno a uno de la encuesta confirmaron que más de una vez reciben presiones para reunirse con personal de compañías farmacéuticas. No obstante, en algunos casos (reflejado en el 42% del total de encuestados) precisaron tener protocolos para llevar a cabo dichas reuniones.

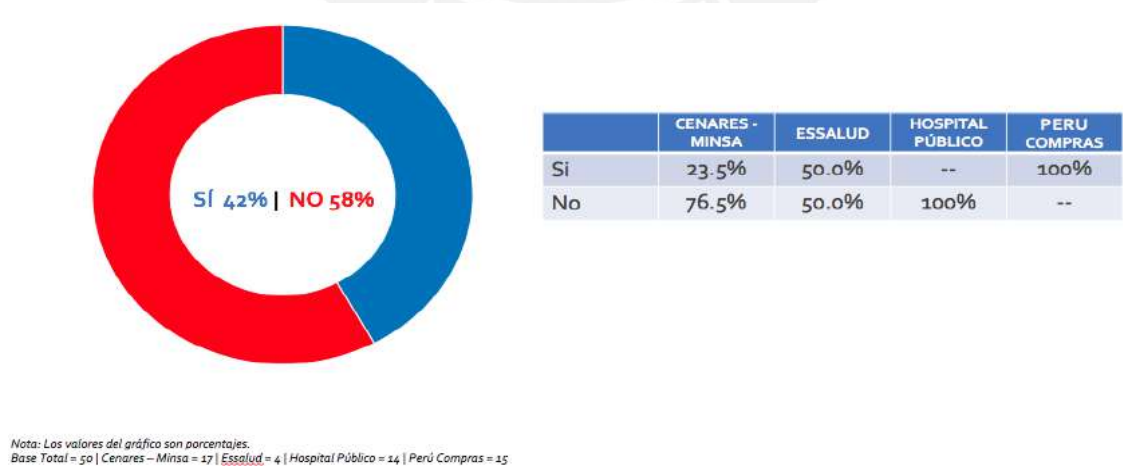


Figura 23. Encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos en salud, octubre de 2019.

Entre las herramientas más destacadas y transcritas en las encuestas de cada funcionario, se encuentran las de reunirse siempre con más de una persona del equipo en la reunión con el representante del sector privado. A su vez, destaca que deben ser reuniones públicas, ya sea en el portal de transparencia y/o grabadas, así como, difundidas de manera pública (dependiendo del tema). En menor medida buscan tener una agenda previa a la reunión con la finalidad de evitar abordar temas no acordados o que puedan resultar incómodos para el funcionario o servidor.

En términos generales, se advierte de los resultados de la encuesta cierta información relevante que permite sostener la hipótesis presentada en la parte inicial de la investigación. Es decir, la inexistencia de un programa de prevención de conflicto de intereses y/o modelo de integridad al interior del Estado que articule la regulación en la materia y lo haga efectivo entre partes involucradas de un proceso sensible, como lo son aquellos encargados de realizar los requerimientos, tratar con el personal de las empresas farmacéuticas, entre otros. De igual manera, si bien pueden tener conocimiento del marco general del código de ética de la función pública, desconocen cuándo es que están frente a un conflicto de intereses y qué implicancias podría conllevar dicha situación. A su vez, presentan un total desconocimiento de a quién acudir en caso de tener la necesidad de escalar, reportar o consultar algún tema en específico.

Teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, será importante tener presente los datos recogidos por la investigación, a fin de poder revisarlos y contrastarlos con la realidad que presentan otros países en el tratamiento de los temas de ética e integridad. Ello, en virtud de los tratados internacionales, sistemas de integridad de otros países, así como, de la regulación local aplicable en materia de conflicto de intereses y la capacitación que permite tener un mejor conocimiento de la normativa, pues con ella se evita en muchos casos incurrir en actos de corrupción.

3.3 La alternativa de un modelo integrado de prevención de conflicto de intereses

Tal y como se ha podido advertir, existe un divorcio entre la regulación en materia de conflicto de intereses, ética e integridad pública, y lo que los funcionarios públicos (así como servidores del Estado entienden por conflicto de intereses) conocen del código de ética de la función pública y/o aplican en el día a día como parte de sus actividades, lo cual representa

un evidente riesgo de corrupción para las entidades públicas. En razón a ello, se hace necesaria la reformulación de las actividades que vienen realizando las entidades encargadas de la ética e integridad al interior del Estado.

Según el informe de integridad realizado por la OCDE (2017), se demostró que el marco normativo fragmentado evidenciaba una falta de claridad por parte de los funcionarios públicos en identificar a las entidades responsables de la ética e integridad pública. En palabras de la OCDE, “esta falta de claridad podría generar un entorno en el que la toma de conciencia y la comprensión de los principios y las prácticas pueden diferir significativamente entre las entidades, donde no están claras las orientaciones y donde pueden faltar mecanismos de control para el mantenimiento y la mejora de dichas normas” (pp. 58-59). Esto último fue corroborado por la encuesta realizada a funcionarios y servidores públicos a la que se hizo referencia en el punto anterior de la presente investigación.

Por ello, se propondrá una alternativa integrada de la normativa peruana vigente sobre prevención y control de conflictos de intereses; de modo tal que se analizará su aplicabilidad como una propuesta adecuada a los estándares internacionales a la luz de los resultados de la encuesta realizada y mostrada en el punto anterior. En específico, un análisis sobre el rol de diversas entidades, la oficina de Recursos Humanos de cada entidad, la Secretaría de Integridad de la PCM, la Contraloría General de la República, entidades transversales e involucradas en el flujo de compra pública de medicamentos y sobre las que recaen —principalmente— las oportunidades de mejora identificadas en el proceso de investigación de la presente tesis en relación con la prevención de los conflictos de intereses y la gestión de ellos.

3.3.1 Primera línea de defensa: la oficina de Recursos Humanos

Mediante el Decreto Legislativo N° 1023, se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil – Servir, rectora del Sistema Administrativo de Recursos Humanos, y según su artículo 5° este sistema comprende entre otros aspectos: la planificación de políticas de recursos

humanos, la gestión de las relaciones humanas y la resolución de controversias³⁸, aspectos medulares que se han considerado pertinentes resaltar, debido a que están relacionados a la prevención de conflictos de intereses.

De esta manera, la Oficina de Recursos Humanos es la unidad orgánica responsable de la gestión de los recursos humanos en las entidades, conforme a lo indicado en el inciso “g” del numeral “5.1” de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 238 – 2014 – Servir – PE de fecha 10 de noviembre del 2014, que implementa las disposiciones emitidas por Servir como ente rector del sistema. Asimismo, se emiten lineamientos y políticas internas para la gestión de los procesos de cada entidad.

También se resalta el rol de la Oficina de Recursos Humanos de planificación de políticas de recursos humanos, pues es en este aspecto en el cual, según la legislación actual, se deberían fijar las políticas y procedimientos para prevenir y tratar los conflictos de intereses. Este aspecto guarda estrecha relación con la correcta gestión de las relaciones humanas que precisamente es el tópico central de prevención, pues hoy en día es tendencia en la administración pública realizar mayores esfuerzos para el tratamiento de las relaciones humanas en la búsqueda de transparentar la actuación de los servidores públicos, reforzar sus valores éticos y, por tanto, fortalecer la integridad en el sector público.

Por tanto, de existir una estrategia de recursos humanos eficiente y planificada habría por lo menos un mínimo de garantía de que los procesos y tareas que efectúan los servidores públicos se ejecuten adecuadamente y no haya “solapamiento funcionales indebidos” (Mendieta, 2002, p. 8). De esta forma, la Oficina de Recursos Humanos se constituye como la primera línea directa de defensa para prevenir los conflictos de intereses, pues a diferencia de otros órganos sancionadores, este juega un rol preventivo, toda vez que tiene a su cargo el primer contacto directo con los servidores públicos, desde el proceso de selección, a quienes puede fijar los mecanismos de control previo.

³⁸ Conforme el artículo 3° del Reglamento General de la Ley del Servicio Civil, el ámbito de acción de las Oficinas de Recursos Humanos, comprende la gestión de siete subsistemas: i) Planificación de políticas de recursos humanos; ii) Organización de trabajo y distribución; iii) Gestión del empleo; iv) Gestión del rendimiento, v) Gestión de la compensación, vi) Gestión de desarrollo y capacitación, y vii) Gestión de las relaciones humanas y sociales.

Además del rol central en recursos humanos por parte del organismo especializado Servir, este también tiene a su cargo la promoción de la ética e integridad al interior de las entidades públicas, conforme a la regulación actual (específicamente el Decreto Legislativo N° 1023). Adicionalmente, Servir tiene por función la emisión de opiniones legales sobre aspectos técnicos del código de ética de la función pública. Por su parte, el Tribunal de Servicio Civil (parte de Servir) es el órgano encargado de los procedimientos administrativos sancionatorios contra funcionarios públicos en el marco de la Ley Servir N° 30057 y el Reglamento 040-2014-PCM, el mismo que procesa conforme a las disposiciones del código de ética del funcionario público del Perú.

De esta manera, según el estudio de integridad de la OCDE (2017) sobre el Perú le otorga un rol central en la prevención de los conflictos de los conflictos de intereses a Servir. Ahí se describen no solo las facultades de coordinación a nivel nacional con las oficinas de las entidades públicas, sino también la relevancia como recursos humanos de agregar valor a la especialidad de los trabajadores del sector público, promoviendo capacitaciones en materia de ética e integridad y desarrollo en los valores promovidos por el código de ética. No obstante, identificamos una colisión de funciones entre los otorgados a la Secretaria de Gestión Pública de la PCM y Servir, quienes a su vez ostentan la responsabilidad de coordinar, supervisar e implementar las políticas públicas en materia de transparencia, acceso a la información pública y promoción de la ética pública a todas las entidades contempladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incluidos los gobiernos regionales y locales.

En esa medida, Servir debería aspirar a tener el rol de brindar una orientación sobre ética, integridad y la prevención de conflicto de intereses al interior de las entidades públicas. Como se ha advertido, si bien el código de ética de la función pública y demás leyes y reglamentos en la materia pueden brindar orientación genérica sobre el tema, la efectividad de los mismos debe estar sujeta a una estrategia organizacional, de gestión de personas que se sustente en un programa —al igual que ocurre en algunas compañías del sector privado— en la transversalidad de funcionarios, desde la alta dirección hasta los funcionarios de rol general, para que se permita interiorizar la ética e integridad en los funcionarios y servidores del Estado a todo nivel.

En función de ello, la Escuela Nacional de Administración Pública (en adelante, ENAP), la misma que depende directamente de Servir, debería tomar el liderazgo de la capacitación e instrucción en la promoción de los valores éticos y la prevención del conflicto de intereses (OCDE, 2017. Dado que podría existir una superposición de funciones a las vinculadas a la Secretaria de Integridad y/o la Secretaria de Gestión Pública, lo correcto sería que sea Servir (a través de la ENAP) se convierta en la encargada de fomentar la instrucción y la actualización de los funcionarios y servidores públicos, a través de una estrecha coordinación con la Secretaria de Integridad.

En resumen, Servir como organismo público transversal de la gestión de personas debiera ser concebido como la entidad a cargo de la difusión, promoción y orientación en temas de ética e integridad, especialmente, en el marco de la prevención del conflicto de intereses a los funcionarios y servidores del Estado. Esto implica asumir como función lo siguiente: i) monitoreo del código de ética de la función pública; ii) brindar orientación en temas de ética e integridad a funcionarios y servidores del Estado; iii) ejecutar los procedimientos disciplinarios de reporte; iv) revisión y actualización del *data-analytics* de las entidades públicas; y v) evaluación de los funcionarios y servidores públicos en materia de ética e integridad.

3.3.2 La coordinación nacional: Secretaría de Integridad de la Presidencia del Consejo de Ministros

La Secretaria de Integridad de la PCM fue creada en el marco de las medidas políticas anticorrupción del Presidente Martín Vizcarra Cornejo, mediante Decreto Supremo 042-2018-PCM de fecha 21 de abril del 2018. En el artículo 4° de dicho decreto se señala que actúa a través de ella, la Comisión de Alto Nivel de Anticorrupción se encuentra a cargo del seguimiento, monitoreo y evaluación del Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción.

La normativa analizada señala, en primer lugar, los principios que rigen y orientan la integridad pública: transparencia, corrección, probidad, respeto, veracidad, igualdad, objetividad, rendición de cuentas, participación, neutralidad y prevención (Decreto Supremo N° 042-2018, artículo 2). Sobre estos principios se resalta el de la prevención que busca “detectar y gestionar los riesgos de corrupción, evitar los conflictos de interés y asegurar la

calidad de la actuación de la administración pública y la prestación de servicios fundamentales” (Decreto Supremo N° 042-2018, artículo 2, inciso “j”). En razón de que las políticas públicas relacionadas a los temas de corrupción tienen un eje transversal preventivo más que sancionador.

Otro aspecto relevante de esta normativa tiene que ver con los “mecanismos e instrumentos que promueven la integridad pública”, término con el que se hace alusión a aquellos medios utilizados por la administración pública para prevenir los conflictos de intereses y eventuales casos de corrupción. Así, en este Decreto Supremo se reconoce adicionalmente a los mecanismos ya referidos, los siguientes que son preventivos:

- a) Códigos y Cartas de buena conducta: en relación a ambos instrumentos, el “Código de Ética” sí tiene desarrollo normativo en nuestra legislación con el Código de Ética de la Función Pública – Decreto Supremo N° 021 – 2000 – PCM y su Reglamento. En cambio, las “cartas de buena conducta” carecen de amparo desarrollo normativo.
- b) Mecanismos de seguimiento de integridad: en relación a este instrumento preventivo de conflictos de interés, no existe normativa en nuestro ordenamiento, lo cual es una grave deficiencia del sistema, pues este instrumento es de gran utilidad para determinar si las políticas de integridad pública se vienen cumpliendo, de modo que en base a ello se puedan establecer las pautas para subsanar o corregir desviaciones de los servidores públicos.
- c) Programa de integridad: el Decreto Supremo objeto de análisis en relación a este extremo indica que “es el instrumento mediante el cual se establecen lineamientos y mecanismos para promover e implementar una cultura de integridad al interior de cada entidad” (Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, artículo 2, numeral 3).

Ahora bien, el Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, publicado el 25 de abril del 2018, estableció los lineamientos del programa de integridad mediante el “Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción 2018-2021”, el cual en relación con las políticas de integridad determinó, por ejemplo, que antes de esta normativa no existía un “Plan de Integridad y Lucha Contra la Corrupción Institucional”. Debido a ello, se sugirieron una serie de acciones en relación al Código de Ética; políticas de conflictos de interés; políticas de regalos y cortesías, atenciones y otros; política de diligencia debida según cada *stakeholder*; política de incentivos y

reconocimiento personal; así como, políticas de contratación de personal (Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, Punto 3 del Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción).

En este punto, para el desarrollo del programa de integridad es imprescindible tener en cuenta el Plan Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción, pues en este documento se ha hecho un análisis detallado de cada uno de los aspectos problemáticos existentes en la administración pública y, asimismo, se encuentran previstas las acciones para el cambio; así como, los lineamientos de las políticas públicas anticorrupción en la gestión pública.

- d) Guía para el manejo de gestión de intereses: actualmente este instrumento no se encuentra implementado, como se puede advertir del portal web de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, no se encuentra vigente algún plan de lucha contra la corrupción en el Ministerio de Salud.
- e) Lineamientos para la gestión de conflictos de intereses: actualmente este instrumento no se encuentra implementado, en el caso de salud, de la revisión del portal web de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción; además, la normativa de este instrumento se encuentra pendiente.
- f) Mecanismos de reportes de denuncia: si bien en el plan no se ha desarrollado a detalle a qué se refieren los mecanismos de reporte de denuncia; conforme se advierte en algunas de las entidades, es usual, la implementación de canales de denuncia de corrupción, los cuales son administrados por cada entidad, criterio y procedimiento de investigación interno.
- g) Declaración jurada de intereses: en relación a este mecanismo, cuando se publicó el Decreto Supremo analizado, no existía la normativa que lo regulara. No fue hasta el 01 de agosto del 2018, que mediante el Decreto Supremo N° 080-2018-PCM se emitieron los lineamientos y pautas para su ejecución. No obstante, es importante resaltar que esta norma tuvo como antecedente la propuesta que realizó la Comisión de Integridad instalada en el 2016 por el gobierno del ex presidente Pedro Pablo Kuczynski, la cual recomendó utilizar este mecanismo como una señal de transparencia para luchar contra la corrupción.

Así pues, mediante este Decreto Supremo se establece como obligación de los funcionarios y servidores públicos, la presentación de la Declaración Jurada de Intereses, que es un instrumento de carácter público, que tiene por finalidad transparentar las funciones de los funcionarios y servidores públicos, así como, detectar y prevenir conflictos de interés (Decreto Supremo N° 080-2018-PCM, artículos 2 y 3).

En el artículo 4° se determina también el contenido de la información que debe tener la Declaración Jurada de Intereses: i) información de empresas, sociedades u otras entidades en las que posea alguna clase de participación patrimonial o similar; ii) participación en directorios, consejos de administración y vigilancia, consejos consultivos, consejos directivos o cualquier cuerpo colegiado semejante, sea remunerado o no; iii) empleos, asesorías, consultorías y similares, en los sectores públicos y privados, sea remunerado o no; iv) participación en organizaciones privadas (asociaciones, gremios y organismos no gubernamentales); y v) personas que integran el grupo familiar (padre, madre, suegro, suegra, cónyuge, conviviente, hijos/as, hermanos y hermanas, incluyendo sus actividades, ocupaciones y centros o lugares de trabajo actuales). En el año 2016 la Comisión de Eduardo Vega la propuso y en el gobierno de PPK se dispuso que todos los altos funcionarios la presenten y publiquen en sus portales institucionales (Universidad Antonio Ruiz de Montoya, 2019).

Por último, esta información contenida en los ítems i, ii, iii y iv comprende un periodo de cinco años anteriores a la presentación de la declaración, conforme se procede a detallar:

No obstante, la misma normativa enfatiza que no son los únicos mecanismos existentes y, por tanto, no son limitativos, de tal manera que pueden existir otros que sean desarrollados por la Secretaria de Integridad Pública de la PCM en coordinación con los entes rectores de las entidades que conforman la Administración Pública. Pese a ello, un aspecto deficiente a tener en cuenta es que los mecanismos como códigos de ética y de buena conducta administrativa, mecanismos de seguimiento de integridad, guía para el manejo de gestión de intereses, lineamientos para la gestión de conflictos de intereses y mecanismos de reporte de denuncias; no tienen desarrollo normativo alguno dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

El eje central de la normativa es la creación de la Secretaría de Integridad Pública de la PCM, que viene a ser un órgano técnico que tiene por objeto el fortalecimiento de la actuación de la Administración Pública en materia de integridad y lucha contra la corrupción. Por otra parte, se dispone la incorporación a este órgano de la Coordinación General de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción en la Presidencia del Consejo de Ministros. Para ello, se fijan como sus funciones las establecidas en el artículo 6° de la Ley N° 29976, que antes eran de competencia de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción:

| # | Funciones |
|---|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1 | Representar a la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción en cumplimiento de los acuerdos adoptados, reportando lo actuado al Presidente de la referida Comisión. |
| 2 | Convocar a la Comisión por encargo del Presidente o a pedido de por lo menos un tercio de los miembros que así lo requieran. La Comisión sesiona por lo menos cada dos meses. |
| 3 | Ejecutar los acuerdos adoptados por la Comisión. |
| 4 | Dirigir y elaborar los estudios y trabajos técnicos que requiera la Comisión para el cumplimiento de sus fines. |
| 5 | Coordinar con las Comisiones Regionales Anticorrupción, en el marco de la política y el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, manteniendo estrecha comunicación con ellas. |
| 6 | Elaborar el informe anual sobre el cumplimiento del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción. |
| 7 | Otras que le encomiende la Comisión. |

Figura 24. Funciones de la Secretaría de Integridad de la PCM

Adicionalmente, frente a las funciones establecidas en este Decreto Supremo por remisión a otra norma, se desprenden del mismo las siguientes funciones:

- a) Coordinar y opinar en asuntos requeridos por las entidades públicas; así como, vinculados con la prevención y gestión de riesgos de la corrupción.
- b) Coordinar con los entes rectores la incorporación de medidas o mecanismos destinados a promover y prevenir actos de corrupción (Decreto Supremo 080-2018-PCM, artículo 9).
- c) Así, se indica que en relación a la financiación de la Secretaria de Integridad Pública se “financia con cargo al presupuesto institucional del Pliego de la Presidencia del Consejo de Ministros, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público” (Decreto Supremo 080-2018-PCM, artículo 11).

Lo más resaltante de ello es que no es una entidad autónoma, a diferencia de lo que ocurre en otros países, que está sujeta a un control interno.

Por último, y la con la finalidad de garantizar una efectiva coordinación entre los diferentes poderes públicos, es necesario que la Secretaria de Integridad se vea involucrada en los planes de acción de las entidades públicas, incluso los vinculados a la organización de gobiernos regionales. Además, resulta importante fijar reuniones programadas con los actores involucrados en temas de integridad, con la finalidad de lograr la publicación de mesas de trabajo y resultados concretos que puedan materializarse en la implementación de políticas públicas coherentes a favor de la integridad en el Estado y en pro de tener un marco legal ordenado.

3.3.3. Control de integridad de la Contraloría en materia de conflicto de intereses

El control de integridad que ejerce la Contraloría General de la República se materializa a través del Sistema de Control Interno que realiza sobre las entidades del Estado. Esta es la idea base para fortalecer este control, la implementación constante de este sistema como una herramienta de gestión permanente en la administración pública.

La Directiva N° 006 – 2019 – CG/INTEG, define en el punto 6.2 a esta herramienta de gestión como el conjunto de acciones, actividades, planes, políticas, normas, registros, organización, procedimientos y métodos, incluyendo la actitud de las autoridades y del personal, organizado e instituido en cada entidad del Estado para la consecución de sus objetivos. En cuanto a su alcance, la misma normativa precisa que es aplicable a todas las

entidades del Estado señaladas por el artículo 3° de la Ley N° 27785, a excepción del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE) y la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; así como, las entidades de ambas que se encuentren bajo su supervisión.

Cabe mencionar que uno de los objetivos del Sistema de Control Interno se alinea con la presente investigación: que las entidades públicas garanticen un compromiso con la integridad y valores éticos en el marco del desarrollo de la función pública. El objetivo transversal se encuentra presente en cada uno de los componentes de esta herramienta de gestión: ambiente de control, evaluación de riesgos, actividades de control, información y comunicación, y supervisión.

Dentro de los aspectos técnicos del Sistema de Control, se tiene que el responsable de su implementación y ejecución es el titular de cada entidad pública. Por otra parte, el órgano o unidad orgánica que coordina la planificación, ejecución, seguimiento y evaluación del SCI, dependerá del nivel de gobierno. Así pues, al tratarse de entidades del Gobierno nacional, el órgano encargado será la Secretaría General; en el caso del Gobierno regional, el órgano encargado será la Gerencia Regional; y en el caso del Gobierno local, el órgano encargado será la Gerencia Municipal.

En cuanto a los componentes que tiene el SCI es importante resaltar el de gestión de riesgos que comprende tanto la evaluación de riesgos como las actividades de control. Este eje comprende la identificación y valorización de los factores o eventos que pudieran afectar negativamente la provisión de los productos brindados a la población: bienes o servicios. El primer paso para realizar tal tarea consiste en la identificación de productos que serán incorporados a las entidades públicas. Para realizar ello se deben priorizar los productos de relevancia para la población: aquellos que son parte de las políticas de salud, educación, transporte, vivienda, seguridad ciudadana, ambiente, entre otros servicios básicos que brinde directa o indirectamente la entidad de acuerdo a su misión institucional. Todo aquello que sea aplicable al proceso de la compra pública de medicamentos.

Una vez identificado el producto (compra de medicamentos para nuestro caso), el siguiente paso consiste en la identificación de riesgos en torno a su provisión, para la cual se puede

utilizar, entre otras, las siguientes herramientas: entrevistas, encuestas, talleres participativos, lluvia de ideas, diagrama o ficha técnica de procesos (inciso a, numeral 7.3.2).

Luego de haber identificado los riesgos, estos deben ser valorados tomando en cuenta su probabilidad de ocurrencia y el impacto que podrían generar en la provisión del producto priorizado. Posteriormente, en base a ambos valores se calcula el nivel de riesgo en la escala: bajo, medio, alto y muy alto. Por último, en mérito a esta medición la entidad debe establecer cuál o cuáles de los riesgos serán reducidos a través de medidas de control.

Sobre las medidas de control, la normativa analizada las define como políticas, procedimientos, técnicas u otros mecanismos que permitan reducir riesgos; precisando que por cada riesgo determinado se deben establecer medidas que permitan reducirlos de manera eficaz, oportuna y eficiente. Además, una vez establecidas las medidas de control deben constar en el Plan de Acción Anual, instrumento que guiará el componente de supervisión dando seguimiento permanente y continuo del plan para prevenir, entre otros riesgos, los conflictos de interés en la contratación pública. En caso de encontrarse incompatibilidades en la gestión y/o plan de acción de la entidad, podrá ser objeto de sanción.

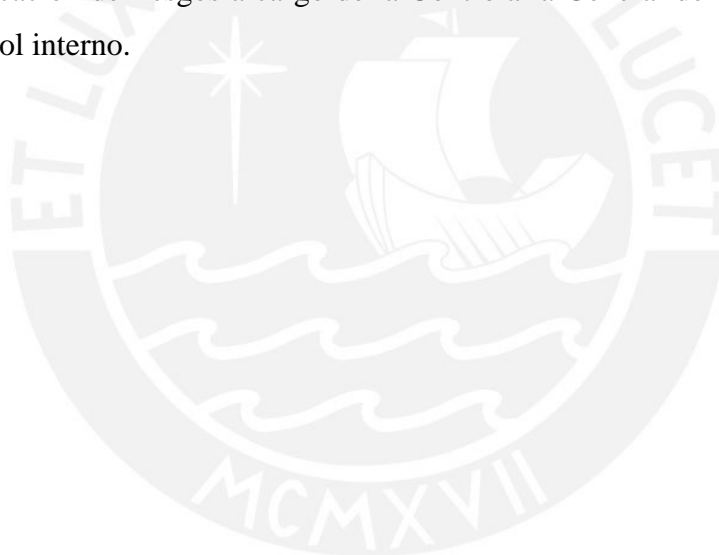
Por ello, la OCDE en el informe sobre integridad del Perú, ratificó que el mayor riesgo para la ejecución de un buen sistema de control estaba vinculado a la identificación oportuna de riesgos y a un correcto mapeo de los mismos, a partir de lo siguiente: i) una mejora en la diligencia de los funcionarios y servidores públicos; ii) objetivos y planes estratégicos mejor definidos; iii) automatización de los sistemas de información; iv) clarificación de los indicadores para la obtención de resultados fiables; y v) personal mejor calificado para las áreas de control y auditoría de las entidades (OCDE, 2017)³⁹.

Por su parte, en un reciente informe de la OCDE (2019) titulado “Analytics for Integrity: data-driven approaches for enhancing corruption and fraud risk assessment”, se sostiene que el uso de la tecnología e investigación digital en los procesos de gestión de riesgos en la compra pública permite garantizar de mejor forma la transparencia; por ejemplo, en Chile, “the government uses data mining of the e-procurement system to prevent collusion and

³⁹ El informe de la OCDE sobre control y auditoría interna al interior de las entidades públicas, señala que la administración pública no ha generado los mecanismos idóneos para poder atraer y desarrollar talento de personal especializado en temas de control interno, lo que dificulta una gestión eficiente de riesgos e implementación de controles al interior de la entidad pública.

favouritism. Such efforts have developed rapidly in recent decades, as governments adopt digital strategies and take advantage of open data, big data and data analytics” (p. 7). En suma, señala que “the use of data analytics for risk assessments can complement qualitative methodologies” (p. 8).

En síntesis, la importancia de una gestión de riesgos novedosa como parte de una estructura moderna de control interno, se hace necesaria para la mitigación de riesgos al interior de las entidades públicas; principalmente en lo vinculado a la compra pública de medicamentos al ser considerado un sector de alto riesgo. De ahí la necesaria actualización de los procesos de levantamiento de riesgos al interior de las entidades involucradas, así como, el compromiso de los funcionarios en la importante labor preventiva que realizan, la cual forma parte del compromiso del Eje 2 del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción de 2017, sobre gestión e identificación de riesgos a cargo de la Contraloría General de la República y los sistemas de control interno.



CONCLUSIONES

Primero. El marco jurídico actual que regula el conflicto de intereses para los funcionarios y servidores públicos en el Perú se encuentra fragmentado en diferentes leyes y reglamentos, lo mismo que —en muchos casos— impide la claridad y uniformidad entre los funcionarios de la administración pública. Por ello, se hace necesaria la consolidación de un ordenamiento unificado en materia de gestión de conflictos de intereses; el mismo que permita ser utilizado como base coherente de orientación de quienes tienen a su cargo una función pública.

Segundo. La razón de un marco jurídico unificado en materia de gestión de conflicto de intereses es que permitirá, a su vez, la implementación de políticas y/o directivas específicas en sectores de alto riesgo, tomando como punto de partida una directiva nacional coherente. De ahí que, entidades como Servir puedan emitir directivas por categorías de funcionarios y áreas en el sector público; por ejemplo, los afectos del tema central de investigación, es decir, aquellos operadores vinculados a la compra pública de medicamentos quienes día a día pueden verse afectos riesgos vinculados a su actividad. Si bien cada funcionario o servidor es responsable por las actividades que realiza en su función, los estándares de varios países de la OCDE (2017)⁴⁰ han sido claros en proporcionar más herramientas que permitan prevenir y resolver situaciones de conflicto de intereses.

Tercero. La investigación evidenció un desconocimiento importante de la regulación sobre el código de ética de la función pública y conflicto de intereses, por parte de aquellos funcionarios y servidores públicos vinculados a la compra pública de medicamentos, así como la inexistencia de buenas prácticas reguladas y difundidas al interior de entidades como Cenares, Perú Compras y hospitales públicos de Lima y regiones al interior. Lo anterior, únicamente expone a las entidades a escándalos de corrupción, uso irregular de recursos o cualquier otro tipo de delito que pudiera devenir de un funcionario que quiera tomar ventaja de su posición o de uno que por simple desconocimiento pudiera verse involucrado en una situación no deseada. Para ello, se hace necesario la implementación de programas de

⁴⁰ Países como Estados Unidos, México, Canadá y España (entre otros) han implementado políticas adicionales en materia de conflicto de intereses por área, principalmente aquellas expuestas a un mayor riesgo.

capacitación y concientización innovadores programados al interior de las entidades públicas, dado que sin comunicación e instrucción los principios y valores que promueve el código de ética de la función pública quedan solo en normas sin efectos reales entre los funcionarios y servidores. De ahí, que también se hace necesaria la evaluación periódica de funcionarios en materia de integridad y ética pública, principalmente, en lo vinculado a conflicto de intereses, función que debería estar a cargo de Servir y que debería materializarse en indicadores objetivos y claros del progreso de cada entidad por funcionario y servidor.

Cuarto. En relación a la gestión de riesgos vinculada al conflicto de intereses y la integridad al interior de cada entidad relacionada con la compra pública de medicamentos, no hay un efectivo levantamiento de información por parte del personal a cargo del sistema de control interno y Contraloría General de la República. Lo mismo que, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, por ejemplo en la entidad “Colombia Compra Eficiente”, no se trata de información pública o de fácil acceso. Sin embargo, conforme a la información recogida por diversos funcionarios públicos (directores de entidades y operadores de la salud) no recogen de forma efectiva las declaraciones juradas de intereses, contrastando en las auditorías internas con precisión la información que ha sido colocada por los funcionarios públicos. Esto debido a que la Contraloría presenta limitaciones de carácter constitucional para efectos de revisar los secretos bancarios y de reserva fiscal, lo cual se agrava aún más si tomamos en consideración que se trata de un número importante de funcionarios, cuando podría reducirse la cobertura, de acuerdo al riesgos y grado de funcionario expuesto.

Quinto. La creciente criminalización de las conductas antiéticas ha generado la evolución del procedimiento administrativo sancionador a la acción punitiva penal, reemplazando el principio de última ratio por la acción penal principal sobre la falta ética del funcionario o servidor. Sobre este punto, Luciano Parejo (2014), profesor principal de la Universidad Carlos III de Madrid, señala lo siguiente:

“El desbordado Estado regulador actual está, pues y ante su impotencia para asegurar el control social que promete, reconsiderando la anterior opción (derecho administrativo sancionador) y, en todo caso, la jurisdicción penal está asumiendo, en

la aplicación del Derecho penal, una posición de decidido y más que cuestionable activismo” (pp. 5).

Esto no solo afecta –en algunos casos- a funcionarios con penas privativas de libertad por faltas administrativas, sino que también atemoriza a los funcionarios y servidores a la toma de decisión propia de su función, lo que hace necesario reevaluar la acción disciplinaria del Estado.

Sexto. Por último, el modelo actual de entidades encargadas de la ética e integridad pública no permite tener claridad respecto de qué organismos públicos son los que funcionalmente se encuentran a cargo y participan del desarrollo de políticas públicas. Por ello, si bien se han implementado algunas recomendaciones de la OCDE, al dotar de estructura a la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, a través de la Secretaría de Integridad, es esta última la que debería tener la función principal de monitorear el sistema de ética pública a nivel nacional y coordinar con entidades como Servir y la Controlaría General de la República las políticas de gestión de personas, capacitación y control al interior de las entidades públicas a nivel nacional, regional y municipal, respetando que el principal gestor y garante de la efectividad del modelo de integridad pública sea la propia entidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. LIBROS

ÁLVAREZ BERNAL, María Elena

2008 *La ética en la función pública*. Ciudad de México: Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.

ARIELY, Dan

2012 *Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos*. Madrid: Ariel.

BROWN, Marvin

1992 *La ética en la empresa. Estrategias para la toma de decisiones*. Volumen 2. Barcelona: Paidós.

CAMPS, Victoria

1996 *El malestar en la vida pública*. Barcelona: Grijalbo.

CAPUTI, María Claudia

2000 *La Ética Pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

2013 Código de Ética. Consulta: 17 de octubre de 2019.
<https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/normativas/20130413codigoetica.pdf>

2017 Política de Colombia Compra Eficiente orientada hacia la lucha contra la corrupción. Consulta: 15 de octubre de 2019.
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20170303ppia.pdf

CORBETTA

2003 *Metodología y técnicas de investigación social*. Madrid: McGraw-Hill.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANIFICACIÓN
2019 Política de administración de riesgos. Bogotá, Colombia

GLAXOSMITHKLINE PLC
2014 Vivir Nuestros Valores: Nuevo código de conducta. Brentford, Reino Unido

HOFFMANN-LA ROCHE S. A.
2015 Código de conducta del Grupo Roche. Basilea, Suiza.

MENDIETA, Manuel

2002 Ética Pública y Corrupción: Curso de ética administrativa. Madrid, Tecnos, 2002, pág. 1- 198.

MISAS, Gabriel, Harold CHAUX y CONTROLARÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
2006 *Control Fiscal, modernización y lucha contra la corrupción. Experiencias en América Latina*. Bogotá: Contraloría General de la República.

LEOLUCA, Orlando

2003 *Hacia una cultura de la legalidad. La experiencia siciliana*. Lima: Editorial PUCP.

LEOLUCA, Orlando

2005 *El pacto infame: estudios sobre la corrupción en el Perú*. Lima: Red para el desarrollo de las Ciencias Sociales en el Perú.

RAWLS, John

1995 *Teoría de la justicia*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime

1993 *Principios de ética pública*. Madrid: Montecorvo.

SANDOVAL, Irma

- 2009 *Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad.* Ciudad de México: Siglo XXI editores.

SAVATER, Fernando

- 1988 *Ética, política, ciudadanía.* Ciudad de México: Grijalbo.
1991 *Ética para Amador.* Barcelona: Ariel

2. ARTÍCULO EN LIBRO

BERTOK, Janos

- 2000 “La ética en el sector público: su infraestructura”. En organización para la cooperación y el desarrollo económicos. *Las Reglas del juego cambiaron, la lucha contra el soborno y la corrupción.* París: OCDE, pp. 143-159.

MUJICA, Jaris

- 2005 “Estrategias de corrupción. Poder, autoridad y redes de corrupción en espacios locales”. En Ugarteche, Óscar. *Vicios Públicos, Poder y Corrupción.* Lima: SUR, Casa de Estudios del Socialismo-Fondo de Cultura Económica, pp.133–135.

PORTOCARRERO, Gonzalo

- 2005 “La ‘sociedad de cómplices’ como causa del desorden social en el Perú”. En UGARTECHE, Óscar. *Vicios Públicos, Poder y Corrupción.* Lima: SUR Casa de Estudios del Socialismo-Fondo de Cultura Económica, pp. 103-131.

ZUPPI, Alberto y otros

- 1998 “Un corte transversal al Derecho Administrativo: La convención interamericana contra la corrupción”. En V Encuentro de Asesores Letrados Bonaerenses. *La contratación administrativa en la Convención Interamericana contra la Corrupción.* La Plata: LL, pp. 101-119.

3. ARTÍCULO EN REVISTA

BARRETO, Antonio

- 2017 Del régimen de inhabilidades e incompatibilidades al de prohibiciones y conflictos de interés en la contratación estatal, un proyecto de reforma con objetivos sancionatorios. *Revista de derecho*, Barranquilla, N° 47, pp.105-137.

BAUTISTA, Oscar Diego

- 2005 Los códigos éticos en el marco de las administraciones públicas contemporáneas. Valores para un buen gobierno. *Revista de las Cortes Generales*, N° 65, 2005, págs. 123-154.

BAUTISTA, Oscar Diego y TXETXU Ausin

- 2014 Democracia ética. Una propuesta para la democracia corrupta. *Revista Demagogia y Democracia*. Instituto Electoral del Estado de México, Ciudad de México, pp.79-98.

CAMACHO, Gladys

- 2017 Contratación pública y transparencia. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, Xalapa- Enríquez, N° 13, 2017, pp. 21-38

CAMPOS, Concepción

- 2017 Encaje del *salero* en el nuevo marco legal de lucha contra la corrupción: una herramienta de *compliance*. *Revista Transparencia e integridad, España*, N° 5.

CARRO, José Luis

- 2010 Ética pública y normativa administrativa. *Revista de Administración Pública*, N° 181, Madrid, 2010, pp. 9-37.

DAVIS, Michael & SNEAD William

- 1982 “Conflict of Interest”. *Business & Professional Ethics Journal*. Ohio, 1982, 1 (4), pp. 17-27, 29-32.

DE AGENLIS, Catherine

- 2014 “Conflicts of Interest in Medical Practice and Their Cost to the Nation’s Health and Health Care System”. *The Milbank Quarterly*. Cambridge, 2014, 92 (2), pp. 195-198.

ESQUIVEL, Sergio

- 2018 La contratación pública desde la buena administración. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, Xalapa- Enríquez, N° 15, diciembre 2018, pp. 67-159.

FERNÁNDEZ, Antonio Luis

- 2014 La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno. *REALA*, N° 2, julio-diciembre 2014.

FLORIAN, Rafael

- 2018 Percepción sobre promoción farmacéutica y prescripción de medicamentos en médicos. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Publica*, lima, vol. 35.

GALVIS – CASTAÑEDA, Iván

- 2017 Geometría del fraude. *Cuadernos de Contabilidad*, N° 17, pp. 74-85.

GIMENO, José María

- 2016 El necesario big-bang contra la corrupción en materia de contratación pública y su modelo de control. *Revista internacional transparencia e integridad*, Zaragoza, N° 2, 2016, pp.1-12.

GONZALES, Jorge

- 1995 El conflicto entre el interés privado y el interés colectivo: Una invitación a leer a Veblen. *Innovar: Revista de ciencias administrativas y sociales*, Bogotá, N° 6, pp. 109-112.

GOMEZ, Beatriz

- 2016 El recurso especial en materia de contratación pública. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, Xalapa-Enríquez, N° 10, junio 2016, pp. 79-135.

HUNT, Paul y KHOSLA Rajat

- 2008 “El derecho humano a los medicamentos”. *Derechos Humanos Internacional*. Sao Paulo, Doi, 2008, pp. 89-120.

JIMENEZ, Rafael

- 2017 Una mirada «comparada» sobre algunas experiencias de códigos éticos y de conducta en la función pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N° 13, pp. 58-79.

JACOBS-ARDINES, Christian., SANTANA-VEGA, Lidia, & FELICIANO-GARCÍA, Luis

- 2018 Desarrollo moral y corrupción: propuesta de un instrumento de evaluación. *MLS-Educational Research*, pp. 83-98.

KINSEY, Megan

- 2004 “Transparency in Government Procurement: An International Consensus?”. *Public Contract Law Journal*. Washington, 2004, 34 (1), pp. 155-173.

KOCHI, Shigeru

- 2002 “Diseñando convenciones para combatir la corrupción: la OCDE y la OEA a través de la teoría de las relaciones internacionales”. *América Latina Hoy*. Salamanca. 2002, 31, pp. 95-113.

LÓPEZ, Walter & SANCHEZ, José

- 2011 El Triángulo del Fraude y sus Efectos sobre la Integridad Laboral. *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, vol. XXI, 2011, pp. 39-57.

MARTIN, Joan

- 2018 La contratación pública y los conflictos de intereses. Análisis del marco regulatorio en el ámbito europeo, estatal y autonómico. *Revista Contratación Administrativa Práctica*, N° 157, 2018.

MEDINA, Teresa

- 2016 La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa. R.V.A.P. N° 104-II, enero-abril 2016, pp. 77-113.

MEDMAY, Randolph

- 1997 “Reforming the Sunshine Act”. *Administrative Law Review*. Washington, 1997, 49 (2), pp. 415-419.

MEJIA, Jaime

- 2014 La administración y el funcionario. Administración y Desarrollo, Bogotá, 2014, 44 (60), pp. 106-116.

MONTIEL, Federico

- 2012 El manejo de la información privilegiada y la responsabilidad de los funcionarios públicos y juntas directivas. *Revista Nacional de administración*, Costa Rica, 3 (2) pp. 77-88.

MORON, Juan Carlos

- 2014 “La regulación de los conflictos de intereses y el Buen Gobierno en el Perú”. IUS ET VERITAS. Lima, 2015, 1 (49), pp. 254-282.

PAREJO, Luciano

- 2014 Algunas reflexiones sobre la necesidad de depuración del status de la sanción administrativa. *Revista general de derecho*, Madrid, N° 36, pp.1-26.

PEREZ, Elisa

- 2016 La reciente experiencia en la CAPV: Código Ético y Comisión Ética Pública. R.V.A.P. 104 (2), enero-abril 2016, pp. 293-316.

PETROWITZ, Harold

- 1964 “Conflict of Interest in Federal Procurement”. *Law and Contemporary Problems*. Carolina del Norte, 1964, 29 (1), pp. 196-224.

ROCA, Luis

- 2018 El delito de asesoramiento y de actividad profesional incompatible con la función pública. *Estudios Penales y Criminológicos*, Oviedo, vol. 38, 2018.

RUIZ, Mauricio

- 2014 Defensa de intereses supraindividuales en la contratación pública. *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, Xalapa- Enríquez, N° 7, diciembre 2014, pp. 33-108.

SANDOVAL, Irma

- 2010 Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad. *Revista Mexicana de Sociología*, Ciudad de México, 72 (2), pp. 343-345.

SNIDER, Keith y RENDON, Rene

- 2012 “Public Procurement: Public Administration and Public Service Perspectives”. *Journal of Public Affairs Education*. Washington, 2012, 18 (2), pp. 327-348.

STEVENS, Anne

- 1999 Ética y códigos de conducta: cuestiones actuales de la función pública británica. *Autonomies*, Barcelona, N° 24, 1999.

TAYLOR, James

- 1983 “Organizational Conflict of Interest in Department of Defense Contracting”. *Public Contract Law Journal*. Washington, 1983, 14 (1), pp. 158-177.

TORRES, Andrea

- 2014 Límites al ejercicio de las funciones públicas en materia contractual. *Revista Vía iuris*, 2014, N° 16, pp. 71-82.

TORRES, David

- 2015 Comentario Académico: Delitos de corrupción en las contrataciones con el Estado: algunos aspectos a tomar en cuenta. *Revista Proyecto anticorrupción*, Lima, 46 (7), pp. 25-31.

TROWBRIDGE, Vom Baur

- 1976 “The Project for a Model Procurement Code”. *Public Contract Law Journal*. Washington, 1976, 8 (1), pp. 4-13.

VILLANUEVA, Sergio

- 2006 Formación de los funcionarios públicos. Ejes de un compromiso decisivo y decidido. *Revista Transformación, Estado y democracia, Montevideo*, N° 1, pp.11-31.

4. ARTÍCULO EN DIARIO

DIARIO GESTIÓN

- 2019 Apuestan por transparencia, PCM eliminó sanciones a los gestores de intereses. *Gestión*. Lima, 7 de julio de 2019.

En: <https://gestion.pe/peru/politica/ejecutivo-elimino-sanciones-gestores-intereses-271946>

MOHME, Gustavo

- 2015 “La Puerta Giratoria”. *La República*. Lima, 20 de abril, p. 2.

LA NACIÓN

- 2017 Entrevista a Delia Ferreira. *La Nación*. Buenos Aires, 10 de diciembre de 2017.
En: <https://www.lanacion.com.ar/2089475-delia-ferreira-rubiolos-conflictos-de-intereses-son-la-antesala-de-la-corrupcion>

5. ARTÍCULO INDEPENDIENTE

FERNANDEZ, Jose Maria

- 1982 “Las incompatibilidades de los funcionarios: La Ley 20/1982”, *Dialnet*, pp. 1-48. Consulta: 10 de septiembre de 2019.
<http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MjMzM DQmaWRIPTEwMzcmdXJsPTEmbmputEtZoaT0xOTgzXzEwMC0xMDJfMTY1MS5QREYmZmlsZT0xOTgzXzEwMC0xMDJfMTY1MS5QREYmdGFibGE9QXJ0aWN1bG8mY29udGVudD1hcHBsaWNhdGlvb9wZGY=>

TORRES, Fabiola

- 2017 “El lobby farmacéutico detrás de un grupo de asociaciones de pacientes”. *OjoPúblico*. Consulta: 13 de julio de 2019.
<https://bigpharma.ojo-publico.com/articulo/el-lobby-farmaceutico-detras-de-un-grupo-de-asociaciones-de-pacientes/>

SECTOR SALUD

- 2018 Observatorio del Sector Salud, N° 1. Evaluación de la inversión pública en medicamentos.

BENITO, Carmen

- 2008 La Convención Interamericana contra la Corrupción. *Dialnet*. Consulta: 23 de septiembre de 2019.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5979002.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

DE LAMA, Milagros & LLADO, Jorge

- 2004 Precios y Política de Medicamentos en el Perú. *Revista de Estudios Económicos*, pp. 5-11. Consulta: 4 de noviembre de 2019
[http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios Economicos/11/Estudios-Economicos-11-5.pdf](http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-EstudiosEconomicos/11/Estudios-Economicos-11-5.pdf)

MALARET, Elisenda

- 2019 El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia. Consulta: 19 de diciembre de 2019.
https://www.researchgate.net/publication/306050618_El_nuevo_reto_de_la_contratacion_publica_para_afianzar_la_integridad_y_el_control_reforzar_el_profesionalismo_y_la_transparencia

MALLOL, Antonio

- 2014 La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno. *INAP*. pp. 1-50. Consulta: 11 de enero de 2020.
<https://revistasonline.inap.es/index.php/REALA/article/download/10198/10675+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE ARGENTINA

- 2019 Ética pública y conflicto de intereses. *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*, pp. 1-119. Consulta: 17 de octubre de 2019.
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/libro_oa_2.0_v2.pdf

REAÑO, Jose

- 2019 “Lobby: un paso más hacia la formalidad”. *Revista Semana Económica*. Consulta: 15 de marzo de 2019. <https://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/365467-ley-del-lobby-se-fortalece-la-transparencia-pero-la-profesionalizacion-aun-es-incipiente/>

ROJAS, Piero

- 2015 Administración pública y los principios del derecho administrativo en Perú. *Dialnet*. Consulta: 19 de junio de 2019. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5165147.pdf+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

SALUD Y SOLIDARIDAD

- 2018 Médicos, farmacéuticas y pacientes: conflictos de interés. *Salud y Solidaridad*. Consulta: 18 de abril de 2019. <https://saludysolidaridad.com/2018/08/27/medicos-farmaceuticas-y-pacientes-conflicto-de-intereses/>

TORRES, Fabiola

- 2017 La captura de los consultorios: la estrategia de los laboratorios para influir en los médicos. *OjoPúblico*. Consulta: 14 de febrero de 2019. <https://bigpharma.ojo-publico.com/articulo/la-captura-de-los-consultorios-la-estrategia-de-los-laboratorios-para-influir-en-los-medicos/>

VILLORIA, MANUEL

- 2010 Incompatibilidades y conflictos de interés en la administración local. Consulta: 4 de noviembre de 2019. http://cemical.diba.cat/publicacions/fitxers/Villoria_Incompatibilidades.pdf

UNIVERSIDAD ANTONIO RUIZ DE MONTROYA

- 2019 Plataforma Anticorrupción 2011-2017. *Universidad Antonio Ruiz de Montoya*. Consulta: 17 de noviembre de 2018. <https://plataformaanticorruptcion.pe/iniciativas/comision-presidencial-de-integridad/>

INFORME O REPORTE

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

- 2005 *Managing Conflict of Interest in the Public Sector*. París.
- 2017 *Estudio de la OCDE sobre integridad en el Perú: Reforzar la integridad del sector público para un crecimiento incluyente*. París.
- 2019 *Analytics for Integrity: data-driven approaches for enhancing corruption and fraud risk assessment*. París.

SERVICIO CIVIL, MINISTERIO DE HACIENDA, GOBIERNO DE CHILE

- 2017 *Programas y experiencias internacionales de formación para la función pública: análisis, catastro, tendencias y propuestas*. Santiago de Chile.

SECRETARÍA DEL CONSEJO DE MINISTROS DEL DESPACHO PRESIDENCIAL

- 2018 *Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1415 que modifica la Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la Administración Pública*. Lima. Consulta: 29 de junio de 2019.
- <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Setiembre/13/EXP-DL-1415.pdf>

TRANSPARENCY INTERNATIONAL

- 2017 Principios de integridad en las empresas farmacéuticas. Consulta: 19 de octubre de 2018
- 2019 El pacto de integridad Una poderosa herramienta para contrataciones limpias. Consulta: 5 de noviembre de 2019
- 2009 El pacto de integridad Una poderosa herramienta para contrataciones limpias. Consulta: 5 de noviembre de 2019.
- 2014 Programa de minería para el desarrollo sostenible. Consulta: 6 de noviembre del 2019.
- 2006 *Informe Global de la Corrupción: Corrupción y Salud*. Nueva York. Consulta: 19 de octubre de 2018.

2013 *Global Corruption Barometer: Perú*. Berlin. Consulta: 19 de octubre de 2018.

USAID

2012 The Political Culture of Democracy in the Americas, 2012: Towards Equality of Opportunity. Nashville. Consulta: 6 de septiembre de 2019.
<https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2012/AB2012-comparative-report-v3-PreliminaryVersion.pdf>

6. NORMA (LEY O DECRETO)

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- 1997 Ley N° 26771. Establecen prohibición de ejercer la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, en casos de parentesco. Lima, 14 de abril.
- 2001 Ley N° 27588. Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. Lima, 8 de diciembre.
- 2003 *Ley N° 28024*. Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública. Lima, 11 de julio.
- 2001 Ley N° 27588. Ley de incompatibilidades y responsabilidades del personal del empleo público. Lima, 12 de diciembre.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

2019 Resolución de Contraloría N° 146-2019 CG. Lima, 15 mayo.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2009 Plan estratégico de contrataciones públicas, Lima, abril 2009.

MINISTERIO DE SALUD

2016 *Resolución Ministerial N° 650-2016-MINSA*. Lima. 26 de agosto.

ONU

2004 Convención de las naciones unidas contra la corrupción. Viena, 2004.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

2005 Decreto Supremo N° 033-2005-PCM. Lima, 18 de abril.

2000 Decreto Supremo N° 021-2000-PCM. Lima, 27 de julio.

2002 Decreto Supremo N° 019-2002-PCM. Lima, 7 de marzo.

2003 Decreto Supremo N° 099-2003-PCM. Lima, 18 de diciembre.

2014 Decreto Supremo No 040-2014-PCM. Lima, 11 de junio.

2018 Decreto Supremo N° 044-2018-PCM. Lima, 26 de abril.

2019 Lineamientos N° 001-2019-SGP-PCM

SERVIR

2014 Directiva No 002-2014-SERVIR/GDSRH. Lima, 10 de noviembre.

7. PÁGINA WEB

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

2018 Portal de Transparencia Económica. Recuperado de
<http://apps5.mineco.gob.pe/transparencia/presupuesto/minsa>

8. DIAPOSITIVAS

BADILLO, Jorge

2018 Siete Teorías Clave para Conocer, Comprender y Combatir el Fraude: Una Travesía a la Esencia del Problema. Consulta: 4 de Noviembre de 2019.

PONCE, Carmen

2017 Sistema de Suministro de Medicamentos e Insumos Médico Gestión y Procesos. Consulta: 5 de noviembre del 2019.

9. TESIS

LOPEZ, Pedro

2015 Modelo de formación por competencias para jefes y directivos de la administración pública española. Tesis doctoral para optar el grado de Doctor en psicología. Palma: Universitat de les Illes Balears.

MIRANZO, Javier

- 2018 El nuevo Derecho de la UE: las medidas anticorrupción en la contratación pública. Tesis doctoral para el grado de Doctor en Derecho. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Derecho.

SANCHEZ, Francisco

- 2010 La protección de denuncias de hechos de corrupción: la regulación del *whistleblowing* en el derecho comparado. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de derecho.

SANDA, Flavia

- 1999 La corrupción y el control de la ética en el ejercicio de la función pública. Postgrado en Administración Financiera del Sector Publico ASAP/UBA.

10. RECURSOS MULTIMEDIA

ADEIT-FUNDACIÓN UNIVERSIDAD-EMPRESA DE LA UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

- 2019 Contratación pública y Compliance: Un año después. Emisión: 20 de abril de 2019. Consulta: 17 de octubre de 2019.
<https://www.youtube.com/watch?v=8zTl8XjZEHw>

MENDOZA, Tatiana

- 2018 “Integridad, transparencia y Compliance”. Sesión de Plenario del Congreso NovaGob. Consulta: 18 de noviembre de 2019.
<https://www.youtube.com/watch?v=cUBhAxSHzKQ>